

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MURILLO ELLERES SANTOS NETO

A CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

CURITIBA

2009

MURILLO ELLERES SANTOS NETO

A CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier
Leonardo

CURITIBA

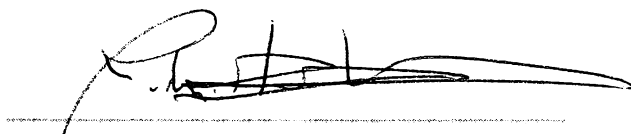
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

MURILLO ELLERES SANTOS NETO

A conversão do negócio jurídico

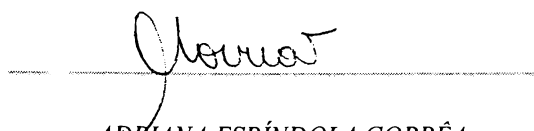
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador



EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Primeiro Membro



ADRIANA ESPÍNDOLA CORRÊA
Segundo Membro

*A Leila, minha noiva, sem cujo amor a vida teria menos brilho.
Aos meus avós, Murillo, Mariné e Maria José, por tudo o que fizeram por mim.
A meus pais, pela infância; a meu pai, pela adolescência; a minha mãe, pelos
últimos seis anos.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelos inúmeros sinais de sua justiça e bondade espalhados pela vida humana.

A Jesus, o mestre dos mestres, por ser o modelo excelso para todos que almejam a plenitude espiritual.

A minha noiva, Leila, que sempre me apoiou em cada passo dessa monografia e da minha vida em geral.

A meus avós, sem os quais não sei se teria chegado até aqui.

A minha mãe, por possibilitar que eu pudesse cursar a faculdade em Curitiba e me acolher em novo lar após tantos anos de separação.

A meu pai, que mesmo distante certamente não pode ser esquecido por todo o auxílio e carinho durante a minha adolescência.

Ao Professor Rodrigo Xavier Leonardo, pela orientação, paciência e incentivo no desenvolvimento do presente trabalho.

O nulo é como a criança que nasceu viva sem poder, em situação normal, viver; não como a criança que veio à luz já morta. Por isso mesmo, é possível pensar-se em que viva, em outra situação, artificial ou excepcional. A técnica da conversão parte de tal raciocínio.

Pontes de Miranda

RESUMO

A conversão do negócio jurídico é o tema desta monografia. A análise parte das premissas teóricas do negócio jurídico, situando-o no contexto da teoria do fato jurídico, sobretudo com supedâneo em Pontes de Miranda. O discurso envereda por algumas das principais vertentes teóricas relacionadas ao negócio jurídico, tanto no direito estrangeiro quanto no direito brasileiro. Toma-se como premissa a tripartição de planos (existência, validade e eficácia) do mundo jurídico, reservando-se preocupação especial ao plano da validade, em relação ao qual a doutrina formulou o princípio da conservação do negócio jurídico, que tem, como uma de suas decorrências, a possibilidade de conversão dos negócios inválidos (nulos ou anuláveis). A conversão do negócio jurídico é expediente teórico de aproveitamento de elementos de suporte fático deficitário com relação à categoria jurídica almejada pelos figurantes para a composição suficiente e eficiente de outro suporte fático que atenda aos fins práticos do negócio inválido. Este instituto traz ínsita a ideia de transformação, em virtude da alteração da qualificação jurídica atribuída pelos figurantes no negócio. O fundamento predominante da conversão e que foi acolhido pelo art.170 do Código Civil de 2002 filia-se à teoria da vontade hipotética ou presumida, o que traduz a busca pelo que razoavelmente teriam querido os figurantes ou o figurante do negócio, caso tivessem conhecimento da invalidade. No exame das modalidades de conversão usualmente apontadas pela doutrina, apenas tem pertinência com o conceito de conversão a chamada conversão substancial, que acarreta modificação categorial, o que não ocorre na conversão formal. Não se afigura admissível a conversão legal, na medida em que, nesta espécie, a lei determina uma mera substituição de um negócio por outro, à revelia de qualquer consideração atinente aos fins práticos visados pelos figurantes do negócio. A matéria da conversão ganhou renovado fôlego com a positivação do instituto pelo art.170 do Código Civil de 2002. O suporte fático desta norma contém pressupostos objetivos e subjetivos. Do ponto de vista objetivo, a conversão requer a suficiência do suporte fático do negócio inválido para a composição de outro negócio. Requer, ainda, a nulidade ou a anulabilidade do negócio originário, não havendo de se cogitar de conversão no caso do negócio jurídico ineficaz. Do ponto de vista subjetivo, a conversão demanda a possibilidade de presumir, com base nas circunstâncias objetivas do negócio, que os figurantes teriam preferido o negócio jurídico a ser convertido caso soubessem da invalidade do negócio inicialmente querido. Além disso, faz-se mister que as partes não tenham ciência da invalidade, porquanto, se a tiverem, resta afastado o pressuposto da vontade presumida ou hipotética. A análise de casos, ao final, fornece subsídios para unir o interesse teórico da conversão ao seu interesse prático.

Palavras-chave: negócio jurídico. Plano da validade. Conservação. Conversão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PREMISSAS DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO	10
2.1. DO CONCEITO DE FATO JURÍDICO AO NEGÓCIO JURÍDICO	10
2.1.1 Principais teorias do negócio jurídico	16
2.1.1.1 Definições genéticas ou voluntaristas	17
2.1.1.2 Definições pela função ou objetivas	25
2.1.1.3 Contribuição de Antônio Junqueira de Azevedo.....	31
2.1.1.4 Contribuição de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello.....	36
2.4. O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO	41
3. A CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO	45
3.1 CONCEITUAÇÃO	47
3.2 NATUREZA JURÍDICA	51
3.3 FUNDAMENTOS DA CONVERSÃO	53
3.4 ESPÉCIES DE CONVERSÃO.....	57
3.5 A POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO NO NOVO CÓDIGO CIVIL (ART.170).....	66
4 ANÁLISE DE CASOS	71
4.1 CONVERSÃO DA TRASMISSÃO DO USUFRUTO EM CESSÃO DO EXERCÍCIO DO USUFRUTO	71
4.2 CONVERSÃO DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS FEITA SEM ESCRITURA PÚBLICA EM PROMESSA DE CESSÃO	75
5 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

Não seria exagero asseverar que o instituto da conversão é um ilustre desconhecido para a maioria da comunidade jurídica nacional, mesmo entre os civilistas. Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a principal justificativa para a parca atenção dada ao tema pelos juristas era a ausência de previsão legal. O novo código mudou a realidade legislativa, dispondo, expressamente, sobre a conversão em seu art.170, enunciado que sofreu grande influência do BGB alemão e do Código Civil italiano.

A despeito da positivação do instituto, que decerto emprestou novo fôlego ao tema, os manuais, em geral, permanecem sem dedicar-lhe maior atenção.

É com esse quadro de negligência doutrinária e também jurisprudencial que se defronta todo aquele pretenda, hoje, perquirir acerca da conversão do negócio jurídico. Sem embargo, a conversão do negócio jurídico apresenta notável interesse teórico, principalmente por possibilitar uma revisão da concepção voluntarista de negócio jurídico, ao mesmo tempo em que fornece subsídios para a solução de casos em que a inafastabilidade do vício invalidante levaria a injustiças.

Para demonstrar o interesse teórico da conversão, dedicamos os dois primeiros capítulos. No primeiro, tratamos da teoria do fato jurídico, principalmente com base em Pontes de Miranda, após o que enveredamos pelas principais teorias concernentes ao negócio jurídico. O ponto culminante do capítulo analisa o princípio da conservação do negócio jurídico, que é um dos fundamentos da conversão.

No segundo capítulo, enfrentamos mais detidamente a conversão, discorrendo sobre seu conceito e natureza, seus fundamentos e modalidades, dedicando especial atenção à exegese do art.170 do Código Civil de 2002, oportunidade em que assentamos os pressupostos componentes do suporte fático da norma referida.

Finalmente, no último capítulo, nossa preocupação foi em aplicar as premissas teóricas desenvolvidas na análise de dois casos práticos.

2 PREMISSAS DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

No limiar de nossa investigação acerca do instituto¹ da conversão do negócio jurídico, é imprescindível que enveredemos pela teoria do fato jurídico. Nem poderia ser diferente, visto que o negócio jurídico constitui uma subespécie de fato jurídico, mais precisamente uma espécie de ato jurídico.

2.1 DO CONCEITO DE FATO JURÍDICO AO NEGÓCIO JURÍDICO

Desde o nascimento, o homem é exposto a diversos processos de adaptação social, os quais visam ajustar a sua conduta aos padrões da sociedade, de modo a viabilizar a existência humana em comunidade da melhor maneira possível. Tudo começa no seio da família, grupo social básico, a partir do qual a área de relacionamentos com os outros passa a se expandir gradativamente. Paralelamente a esta ampliação, também se avolumam as pressões dos condicionantes sociais que procuram amoldar a personalidade individual às exigências da vida em sociedade.²

Nada obstante esses processos de adaptação social, invariavelmente o ser humano conserva sua liberdade, seu livre-arbítrio, algo que lhe é imanente, que revela-lhe os sonhos, as esperanças, os vícios e virtudes, os egoísmos e solidariedades, os temores e crenças. Diante dessa heterogeneidade de idiossincrasias – marca essencial da condição humana –, é concebível que os indivíduos decidam tomar rumos colidentes com aqueles almejados pela comunidade, principalmente se estes rumos são delineados por regras pertencentes ao campo da Moral, da ética, dos costumes sociais, da etiqueta, da religião, pois tais

¹ Para Pontes de Miranda, instituto é “o conjunto de regras jurídicas sobre determinada relação jurídica” (PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo I, p.124)

² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.3.

regras não são obrigatórias, não se impõem às pessoas de maneira incondicional e independente de sua vontade.³

Sob este prisma é que avulta de significação o papel do direito, vocacionado que é ao estabelecimento de normas de conduta que tenham um caráter obrigatório, em virtude do qual a sua impositividade ao homem se dá de forma incondicional e independente da adesão das pessoas. Essas regras constituem as normas jurídicas que, em seu conjunto, consubstanciam o direito da comunidade em que elas são vigentes.⁴

Nesse sentido, o direito valora os fatos da vida e, através das normas jurídicas, marca como jurídicos os fatos que têm relevância para o relacionamento inter-humano.⁵ Bem por isso é que, no universo dos fatos, distinguem-se o *mundo fático* e o *mundo jurídico*.⁶ Este se caracteriza pela atuação (=incidência) da norma jurídica sobre os fatos, juridicizando-os, de modo que passam a ser portadores de conseqüências específicas, efeitos jurídicos vinculantes da conduta humana. Pontes de Miranda exemplifica essa diferença entre o mundo fático e o mundo jurídico, contrastando situações como a de um passeio que alguém faz à casa do amigo e a entrega da carta com a oferta de contrato, o ato de cercar o seu próprio terreno e o de invadir o terreno do vizinho, a avulsão interior ao terreno de A e a avulsão entre o terreno de A e B.⁷ De um lado, há situações que pertencem tão-somente ao mundo dos fatos; do outro, situações que patenteiam relevância ao mundo jurídico.

Essa distinção topológica é de extrema utilidade ao direito.⁸ Há fatos do mundo fático que não suscitam interesse ao direito, sendo estranhos a este. É o

³ MELLO, M. B. de. Idem, p.4; Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Obra citada, p.9-10.

⁴ MELLO, M. B. de. Idem, p.5.

⁵ MELLO, M. B. de. Idem, p.8.

⁶ MELLO, M. B. de. Idem, p.8-10; Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo I, p.3-4.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, prefácio, p.XXI.

⁸ Com a habitual percuciência, Pontes de Miranda assevera: "Quando se fala de fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer. O mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar. Por isso mesmo, só se vê o fato como *novum* no mundo. Temos, porém, no trato do direito, de discernir o mundo jurídico e o que, mundo, não é mundo jurídico. Por falta de atenção aos dois mundos, muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito." (PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada., p.3-4).

caso de uma estrela cadente que passa, de um eclipse solar ou lunar, do que ocorre no fundo dos mares etc. Em princípio, esses fatos não infundem maior interesse para o direito; pertencem simplesmente ao mundo fático. Porém, desde que esta valoração se modifique e tais fatos ingressem no mundo jurídico, esta entrada está à mercê da existência de uma regra jurídica, que é a técnica através da qual o direito, enquanto processo de adaptação social, atrai para o mundo jurídico os fatos do mundo fático que outrora não tinham relevância para aquele.⁹ É a norma jurídica que demarca, pois, o que entra e o que não entra no mundo jurídico.

Bem examinada a distinção topológica entre o mundo jurídico e o mundo fático, cumpre que analisemos, ainda que num esforço de síntese, os três elementos sobre os quais Pontes de Miranda erige a teoria do fato jurídico¹⁰, quais sejam: (i) a **regra jurídica**, (ii) o **suporte fático** e (iii) a **incidência**.

(i) É a regra jurídica que define o mundo jurídico, pois este é formado pelos fatos jurídicos, os quais são resultado da incidência da regra jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos. Tomando em conta que os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, estes são compostos por proposições que preveem ou veem que determinadas situações da vida ocorrem e as regras jurídicas incidem sobre elas como se as marcassem.¹¹ Conforme já ressaltamos, a nota diferencial das regras jurídicas reside em que nenhum outro processo de adaptação social possui *regras com força de incidência*¹². De tal sorte que a incidência da regra jurídica colore os fatos, tornando-os jurídicos, ao mesmo tempo em que explicita a obrigatoriedade que decorre desta incidência. Logicamente, processos de adaptação social como a religião ou a moral não se revestem da obrigatoriedade que somente a regra jurídica consegue engendrar.¹³

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: revista dos tribunais, 1970, t.I, §1º.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada., p.3.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, prefácio, p.IX.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, p.9.

¹³ “A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete.” (PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, p.8)

Para que uma norma jurídica seja completa, do ponto de vista lógico-jurídico, ela deve conter, ao menos, a descrição de um suporte fático sobre o qual a própria norma incide, transladando o fato previsto neste suporte para o mundo jurídico (fenômeno da juridicização); e a imputação de efeitos que se irradiam deste fato jurídico, cuja projeção eficaz compreende, dentre outras categorias, os direitos e deveres, as pretensões e obrigações, ações (em sentido material e processual) e as exceções.¹⁴

(ii) A expressão “suporte fático” derivou da tradução que Pontes de Miranda fez da palavra alemã *tatbestand*¹⁵ e constitui “a previsão, por norma jurídica, da hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico”.¹⁶ O suporte fático é conceito do mundo dos fatos, porque somente após a concretização de seus elementos no mundo é que a incidência da norma jurídica “colore” este suporte, transformando-o em fato jurídico. Assim, como o direito esquematiza os fatos do mundo fático reputando-os relevantes ou irrelevantes, uma imensa quantidade de fatos ou atos podem figurar como suportes fáticos das normas, da mesma forma que muitos fatos do mundo não entram em suporte fático ou só excepcionalmente entram.

Desde que relevantes, podem ser erigidos à categoria de fatos jurídicos fatos do mundo fático como o simples evento natural, o fato do mundo animal, os atos humanos – mesmo os dados psíquicos -, o transcurso do tempo (que integra com frequência suportes fáticos), dentre outros.

Assim, se o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, significa dizer que aquele nada mais é do que um aglomerado de suportes fáticos que lograram entrar neste mundo.

(iii) Somente a regra jurídica e o suporte fático não geram o fato jurídico. É imprescindível que concorra o fenômeno da incidência da regra, única forma de ingresso de suportes fáticos no mundo jurídico.

Como explica Mello¹⁷, a norma jurídica incide sobre parte do seu suporte fático, parte esta reputada pelo direito como relevante para ingressar no mundo

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p.20.

¹⁵ Também denominada de *fattispecie* (na Itália) ou *supuesto de hecho* (na Espanha).

¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p.41.

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Idem, p.74-75.

jurídico. A essa característica essencial de toda a norma jurídica, que é o incidir, denomina-se “eficácia normativa”¹⁸, a qual tem como efeito o surgimento do fato jurídico, do qual resulta a eficácia jurídica (relações jurídicas formadas por direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações em sentido material e em sentido processual e exceções). Dessarte, não há efeito jurídico com a norma sozinha ou com o fato sem a incidência, justamente porque é preciso que o fato primeiro exista, para depois irradiar efeitos; o nada, o não-ser, não pode produzir efeitos, de modo que a existência do fato jurídico é um *prius* lógico com relação a sua eficácia.

Convém dizer, ainda, que a incidência é dotada de duas características merecedoras de realce: a) a **incondicionalidade** e b) a **inesgotabilidade**. A primeira característica corresponde a que, “ocorridos os fatos que constituem o seu suporte fático, a norma jurídica incide incondicionalmente, infalivelmente, isto é, independentemente do querer das pessoas”.¹⁹ A inesgotabilidade indica, por sua vez, que a norma jurídica incidirá sempre que o seu suporte fático se tornar concreto e suficiente, em que pese existam normas cuja eficácia se esgota em uma só incidência, como as “normas que se destinam a regular caso isolado e único”.²⁰

Após a apresentação destas noções liminares acerca da regra jurídica, de seu suporte fático e da incidência, categorias responsáveis pelo nascimento do fato jurídico, pois, “desde que há regra jurídica, há, debuxado por ela, que o previu, *suporte fático*, sobre que ela incida”²¹, cumpre aduzir, em síntese, a classificação dos fatos jurídicos, para precisarmos o conceito de negócio jurídico.

Ainda seguindo as pegadas de Pontes de Miranda, os fatos jurídicos podem ser classificados em: a) **fatos jurídicos *strictu sensu***; b) **fatos jurídicos ilícitos** (contrários a direito), compreendendo-se **fatos ilícitos *strictu sensu***, **atos-fatos ilícitos**, **atos ilícitos** (de que são espécies os **atos ilícitos *strictu sensu*** e os **atos**

¹⁸ Pontes de Miranda fala de eficácia legal.

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p.75.

²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Idem, p.79.

²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo I, p.74.

ilícitos caducificantes), ora absolutos, ora relativos; c) **atos-fatos jurídicos**; d) **atos jurídicos *stricto sensu***; e) **negócios jurídicos**.²²

A orientação metodológica desta taxionomia busca identificar os elementos nucleares do suporte fático, principalmente a partir de dois dados invariáveis do fato jurídico: “a) a conformidade ou não-conformidade do fato jurídico com o direito e b) a presença ou não de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica”.²³ O primeiro critério separa os fatos em conformes a direito (lícitos) ou contrários a direito (ilícitos), sendo que dentro dessas categorias a classificação se dá pela presença ou não de “conduta volitiva à base do suporte fático”.²⁴

Sob este prisma, verifica-se que o suporte fático, em que há elemento humano, pode entrar no mundo jurídico – plano da existência²⁵ - como negócio jurídico, ato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, fato jurídico *stricto sensu* ou como ato ilícito.²⁶

Tanto no caso do ato jurídico *stricto sensu* quanto no do negócio jurídico, o elemento nuclear do suporte fático é constituído por um “ato consciente de vontade

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo II, p.184. Cabem alguns exemplos para ilustrar as diversas categorias: a concepção do ser humano é fato jurídico *stricto sensu*; na avulsão, quando há dano ao imóvel que recebe a porção de terra deslocada ou a imóvel de terceiro, há fato ilícito *stricto sensu*; a má utilização da propriedade a ponto de causar dano a terceiro, quando a lei abstrai do elemento volitivo, é ato-fato ilícito; as violações a direitos reais ou a direitos da personalidade são atos ilícitos *stricto sensu*; a perda do poder familiar nas situações do art.1.638 do Código Civil é ato ilícito caducificante; o adimplemento é ato-fato jurídico; a interpelação é ato jurídico *stricto sensu*; e os contratos são negócios jurídicos.

²³ MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p.116.

²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Idem, p.122.

²⁵ Uma das maiores contribuições de Pontes de Miranda para a ciência jurídica foi a noção de tripartição de planos no estudo do fato jurídico. O mestre alagoano explicitou esta noção no prefácio ao primeiro tomo do monumental tratado de direito privado, dizendo: “A divisão das matérias da Parte Geral aparece, nesta obra, pela primeira vez, em ordem lógico-científica. Primeiro, expusemos o que concerne ao *plano da existência*; depois, o que se refere ao plano da validade; finalmente, o que somente pertence ao *plano da eficácia*. O fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser *válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel*, etc; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam (Tratado de direito privado. Tomo I, prefácio, p.XX); Noutro momento, Pontes de Miranda chega a afirmar que “existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não-ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia. O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser; porque não há validade, ou eficácia do que não é (Tratado de direito privado, tomo IV, §359).

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo I, p.76.

dirigido a obter um resultado juridicamente regulado”.²⁷ Porém, a diferença entre eles consiste em que, no ato jurídico *stricto sensu*, a vontade manifestada apenas se limita a compor o suporte fático de certa categoria, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos necessários, isto é, previamente estabelecidos pelas normas jurídicas, efeitos inalteráveis e inexcluíveis pelo querer das pessoas²⁸; no negócio jurídico, por sua vez, **o direito outorga liberdade aos figurantes para, dentro de certos limites, autorregurar seus interesses, escolhendo “as categorias jurídicas e estruturando o conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”**. (Grifou-se) ²⁹ Não é preciso maiores digressões para se divisar a diferença considerável que existe entre um contrato de compra e venda, que é negócio jurídico, e uma interpelação para constituir o devedor em mora, que é ato jurídico *stricto sensu* reclamativo, na terminologia de Pontes de Miranda.

Percorrido o trajeto conceitual que partiu da simples noção de normas jurídicas, desenvolveu-se na distinção entre o mundo fático e o mundo jurídico, apresentou os alicerces para a compreensão inicial da teoria do fato jurídico construída por Pontes de Miranda e, finalmente, culminou na exposição da classificação dos fatos jurídicos, com destaque para a diferença entre negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*, faz-se mister que nossas preocupações se voltem à análise das teorias que se ocuparam de definir o fundamento da vinculação negocial.

2.1.1 PRINCIPAIS TEORIAS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Seria uma tarefa quase impossível inventariar todas as formulações históricas que exsurgiram em torno da teoria do negócio jurídico, além do que tal pretensão desbordaria dos limites deste trabalho. Por isso, aglutinamos quatro grupos teóricos, ora reputados de maior relevo para o desenvolvimento do tema, a

²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Idem, p.155.

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Idem, p.153.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Idem, p.189.

saber: (i) as **definições genéticas ou voluntaristas**, (ii) as **definições objetivistas ou pela função**, (iii) a **contribuição de Antonio Jungueira de Azevedo** e (iv) a **contribuição de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello**.

2.1.1.1 Definições genéticas ou voluntaristas

As definições voluntaristas ou genéticas tinham como pressuposto básico a concepção de que é a vontade dos efeitos (jurídicos ou práticos) que caracteriza o negócio jurídico.³⁰ Os partidários desta concepção voluntarista viam no negócio jurídico um ato de vontade, na medida em que *“o fundamento da vinculação negocial estaria na vontade do declarante”*, sendo certo que *“a declaração negocial – rectius, declaração de vontade (‘willenserklärung’) – supunha necessariamente a existência de um elemento volitivo concordante com a declaração”*.³¹

O ponto nodal da ligação entre a teoria do negócio jurídico e ideia de vontade foi, sem dúvida, a construção teórica dos autores germânicos³², nomeadamente a de Savigny, profundamente influenciado por um fundamento ético-filosófico jusnaturalista e kantiano.³³ Através dos juristas pandectistas – dentre eles

³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.7.

³¹ MOTA PINTO, Paulo Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p.21.

³² Nada obstante, essa ligação tem uma longa história, cujo início se dá no direito romano, mas o momento decisivo de sua viragem situa-se no jusnaturalismo. Nesse sentido, explica Almeida: *“No direito romano, o consenso (conceito jurídico sem significado psicológico) não é senão um fundamento excepcional de alguns contratos, cuja unidade conceptual não era aliás conhecida. Para os glosadores e comentadores, reconhecendo-se embora o consenso como elemento comum dos pactos, ele só constitui um modo específico de ‘vestimentum’ num limitado número de contratos nominados. Mesmo no direito canônico, a vinculação das promessas coloca-se mais como problema de consciência de cada um e de respeito pela palavra dada do que enquanto resultado de um valor jurídico de encontro de vontades. É necessário esperar por Grotio e pela escola de direito natural para descortinar, nem sempre com a mesma clareza, a afirmação do consensualismo como fonte de obrigações (solus consensus obligat) e expressão de uma vontade racional (voluntas semper movet intellectum)”*. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, vol. I, 1992, p.69-70).

³³ Cf. MOTA PINTO, Paulo Correia da. Obra citada, p.20; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Obra citada, p.69-70.

Savigny -, o negócio jurídico foi construído como uma categoria bastante abstrata e desprendida da ideia de causa justa, utilizada no direito francês.³⁴

Disso se depreende que o conceito de negócio jurídico (*rechtsgeschäft*), como ato de autonomia da vontade, deveu-se à inspiração ideológica liberal dos teóricos pandectistas, que escreveram a partir do século XIX. Nesse momento histórico, paradigmático pela eclosão da sangrenta revolução francesa, buscou-se reafirmar a liberdade individual, preservá-la amplamente contra as injunções do Estado. Imantado por esta herança ideológica, desponta o negócio jurídico concebido como instrumento de realização da vontade individual. O voluntarismo germânico, contudo, exacerbou esta liberdade contratual a tal ponto que a transformou em dogma.³⁵

Neste contexto, a teoria da vontade (*Willenstheorie*) desenvolvida por Savigny, em sua obra *System des heutigen romanischen rechts*, exerceu influência tal que veio a ser considerada *modelar*.³⁶ O voluntarismo do autor do *System* resta evidenciado na atribuição à vontade de um poder criativo de efeitos jurídicos.³⁷ Para Savigny, *“a base de toda a declaração é a existência de vontade”,* de modo que *“a vontade em si tem de ser pensada como a única coisa importante e eficaz, e”,* arremata o escritor prussiano, *“só porque ela é um acontecimento interno, invisível, é que necessitamos de um sinal no qual ela possa ser reconhecida pelos outros, sendo este sinal, pelo qual a vontade se revela, justamente a declaração”*.³⁸ Em suma, para Savigny, a vontade é “tudo” no negócio jurídico, ao passo que a declaração fica relegada a uma posição instrumental com relação ao elemento volitivo, já que a declaração não passa de expressão de uma vontade interna, um indício de vontade.

Cumprе observar, ainda, no que diz respeito ao pensamento de Savigny, que este autor distinguiu três momentos na declaração de vontade (*willenserklärung*): a própria vontade, a declaração de vontade (*Erklärung des*

³⁴ Cf. ALMEIDA, C. F. de. Obra citada, p.70.

³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p.167-168.

³⁶ A qualificação é de Motta Pinto.

³⁷ Cf. ALMEIDA, C. F. de. Obra citada, p.70.

³⁸ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.20.

Willens) e a concordância da vontade com a declaração.³⁹Convém observar que esta concordância entre vontade e declaração tinha indissimulável repercussão prática, seja no que tange ao objeto de interpretação dos contratos e do negócio jurídico em geral, uma vez que se buscava a reconstituição da vontade, a intenção profunda dos figurantes do negócio; seja com relação ao regime jurídico dos vícios, porquanto a divergência entre a vontade e a declaração, numa formulação mais radical e primitiva da teoria da vontade, era sancionada com a nulidade absoluta, sem embargo de a teoria da vontade, numa formulação menos radical, apenas determinar a prevalência do elemento volitivo sobre a declaração em caso de divergência.⁴⁰

O pensamento de Savigny foi seguido de perto por outros autores como Puchta, Keller, Wächter e, designadamente, por Windscheid, que, apesar de haver se afastado da opinião que conferia à declaração a natureza de simples meio de conhecimento e de prova da vontade⁴¹, definia o negócio jurídico como “*uma declaração privada de vontade, que visa a produzir um efeito jurídico*”.⁴²

Sobreleva destacar que houve, a partir de meados do século XIX, uma mudança de tom no voluntarismo, em virtude da adoção de conceitos psicológicos de vontade. Nesse período, como elucida Mota Pinto, “*os juristas embrenham-se em investigações sobre as profundezas dos processos psicológicos humanos, a fim de conseguir elementos para a teoria da declaração da vontade*”.⁴³Coube a Zitelmann o primeiro ensaio sério de aprofundamento da vontade como elemento do negócio utilizando dados fornecidos pela psicologia. Este autor se propôs a empreender uma investigação psicológico-jurídica⁴⁴, acabando por “*reduzir a vontade a um dado naturalístico-psicológico, de acordo com o ambiente positivista de então, perdendo-*

³⁹ ALMEIDA, C. F. de. Obra citada, p.71.

⁴⁰ ALMEIDA, C. F. de. Obra citada, p.72-73.

⁴¹ ALMEIDA, C. F. de. Idem, p.73.

⁴² WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*, vol.I, 1ª Parte, p.264. Apud: MELLO, M. B. de. Obra citada, p.169.

⁴³ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.22.

⁴⁴ Ver ALMEIDA, C. F. de. Obra citada, p.75, para uma explicação mais detalhada sobre o pensamento de Zitelmann.

se, ou passando para segundo plano, a referência directa à originária ideia de vontade como modo de realização ética de cada um".⁴⁵

É imperioso anotar, portanto, que houve uma mudança de paradigma no que diz respeito ao próprio conceito de vontade: da teoria da vontade de inspiração ético-filosófica jusnaturalista e kantiana passou-se a uma teoria psicologizante da vontade, *"cujo fundamento será, segundo Zitelmann, 'a análise psicológica do processo de acção'*".⁴⁶

Esta forma de análise do fenómeno negocial sob um ponto de vista psíquico teve profunda influência no direito alemão e, por via deste, noutros direitos europeus, de tal sorte que os autores do primeiro projeto do Código Civil alemão partiram da ideia de que esta era a teoria correta, sendo que esta teoria foi moderada, posteriormente, durante os trabalhos preparatórios ao referido código.⁴⁷

Tecendo críticas a esta concepção psicológica da vontade negocial, Almeida assevera que *"as marcas deixadas por algumas das conclusões e, em especial, pela terminologia fundamental da obra de Zitelmann não persistiram, com vigor semelhante, em relação à sua complexa análise de índole psicológica, nem sempre clara e entretanto ultrapassada pela ciência"*. Nesse sentido, pondera o escritor lusitano que *"as doutrinas voluntaristas de estrita raiz psicológica estiveram sempre sob a pressão da evidência de sua inadequação perante os dados da experiência e dos regimes jurídicos"*.⁴⁸

No edifício da teoria da vontade, brechas foram abertas, mormente em virtude da contraposição dirigida por algumas posições doutrinárias, dentre as quais merece destaque a teoria da declaração, a qual engendrou uma *"problemática intemporal"*.⁴⁹ Com efeito, o debate entre a teoria da vontade e a teoria da declaração (contraposição subjetivo/objetivo) talvez seja a controvérsia que mais profundamente marcou a história da teoria do negócio jurídico. Afinal de contas, o negócio jurídico deve ser concebido como um ato de vontade ou como um ato objetivo e exterior?

⁴⁵ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.22.

⁴⁶ MOTA PINTO, P. C. da. Idem, ibidem.

⁴⁷ ALMEIDA, C. F. de. Idem, p.76.

⁴⁸ ALMEIDA, C. F. de. Idem, p.77-78.

⁴⁹ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.19.

No bojo deste debate, insta registrar três posicionamentos fundamentais à revisão crítica da teoria da vontade: (i) a **teoria da declaração** (*Erklärungstheorie*) e a **teoria da confiança** e (ii) a **teoria da responsabilidade**.

(i) A propósito do conflito que emerge da divergência entre a vontade interna e a declaração, Azevedo elucida que dois sistemas diversos propuseram soluções antagônicas: “um, colocado em relevo sobretudo por Savigny, que faz prevalecer, em todos os casos, a vontade verdadeira do declarante...o outro, que faz prevalecer a vontade, mesmo fictícia, que se infere da declaração, sobre a vontade verdadeira”.⁵⁰ A primeira se trata da teoria da vontade, sobre a qual já vimos recorrendo; a segunda, da teoria da declaração.

Uma das principais críticas desferidas contra a teoria da vontade sempre consistiu em que ela “deixava sem proteção os interesses do destinatário da declaração e implicava uma forte insegurança do comércio jurídico”.⁵¹ Esta crítica vincula-se a um contexto socioeconômico de recrudescimento do poderio da classe industrial e do comércio, nos países germânicos da segunda metade do século XIX, com o declínio da riqueza meramente estática e fundiária, de modo que “as necessidades de proteção do tráfico teriam passado a predominar – agora já não interessava apenas produzir, mas igualmente vender, pelo que se teria passado da relevância apenas da vontade para a da declaração”.⁵²

Segundo Orlando Gomes, os partidários da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*) defendiam pouco importar a correspondência entre a declaração e o querer interno, rejeitando a força criadora da vontade. Propugnavam que a vontade interna não era elemento constitutivo do negócio jurídico, senão uma fase passageira de sua gênese e que “na interpretação dos negócios, não interessa a intenção propriamente dita, mas sim o sentido normal da declaração”.⁵³

Para os declarativistas, o conflito teleológico entre declaração e vontade resolvia-se em favor do declaratório e do comércio jurídico. Os sectários desta teoria escoimaram a vinculação jurídico-negocial de qualquer elemento interno, exaltando

⁵⁰ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.75.

⁵¹ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.26.

⁵² MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.25, nota de rodapé n.º52.

⁵³ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11.ed.Rio de Janeiro: Forense,1995, p.275.

o valor autônomo da realidade objetiva da declaração, com que se obviava “ao resultado inesperado de uma *voluntatis quaestio* que pudesse frustrar as expectativas fundadas do declaratário e a proteção do comércio jurídico”.⁵⁴

Por conseguinte, revela-se nítido que a teoria da declaração estava comprometida com a proteção da confiança do declaratário e com a tutela da segurança do comércio jurídico, motivo pelo qual o sentido objetivo da declaração seria extraído a partir das circunstâncias concretas do declaratário.

A teoria da declaração desequilibrava os pratos da balança em favor da valoração concreta da declaração, mas, como bem observa Almeida, “o dualismo persiste e a vontade (ainda que presumida ou objeto da confiança de outrem) continua a ser reconhecida, directa ou indirectamente, como poder criativo de eficácia”.⁵⁵

Azevedo critica o fato de que as duas teorias (a teoria da vontade e a teoria da declaração) admitem a existência de dois elementos no negócio jurídico: a vontade e a declaração, divergindo somente quanto à prevalência de um e de outro. Para este autor, não há dois elementos, mas apenas um, que seria a declaração de vontade.⁵⁶

Não menos contundente é a assertiva de Mello, para quem essas teorias “são, substancialmente, coincidentes, uma vez que nelas predomina o voluntarismo como fundamento do negócio jurídico”. E conclui: “em ambas, no entanto, não se dispensa, nem se poderia dispensar, a exteriorização da vontade como elemento material, objetivo, do negócio jurídico”.⁵⁷

(ii) Por sua vez, intrinsecamente ligada à teoria da declaração, exsurge a chamada teoria da confiança. Esta aproximação é tão acentuada que Mota Pinto chega a defender que as posições agrupadas sob a designação de “teoria da declaração” refletiam, na verdade, não um princípio da declaração, mas sim um princípio de confiança, porquanto o sentido de declaração era extraído

⁵⁴ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.28.

⁵⁵ ALMEIDA, C. F. de. Idem, p.82.

⁵⁶ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.82.

⁵⁷ MELLO, M. B. de. Obra citada, p.169.

individualmente pelo declaratório.⁵⁸ Desta forma, buscava-se, antes de tudo, atender a uma necessidade de proteção do tráfico jurídico e da confiança do destinatário.

No entender de Raquel Schmiedel, a teoria da vontade constitui uma extensão da teoria da declaração, haja vista que admite a investigação da vontade real do declarante, muito embora dê predominância à vontade declarada. Esta primazia da vontade declarada poderia ser atenuada “sempre que o destinatário atribuir um valor excessivo, indevido ou totalmente estranho às circunstâncias do negócio”.⁵⁹

De acordo com Orlando Gomes, trata-se de um abrandamento da teoria da declaração. Em caso de divergência entre a vontade interna e a declarada, a balança penderia em favor desta se “um dos contratantes tiver razão para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro”, de modo que se há de considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade”.⁶⁰

Nesse diapasão, o notável jurista baiano sintetiza a teoria da seguinte forma: “a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade”.⁶¹

É forçoso reconhecer que a teoria da declaração implicou uma transladação no eixo da teoria do negócio jurídico, reduzindo o papel da vontade, à proporção que recrudescia o espaço ocupado pelo elemento social da confiança determinada pela declaração.⁶²

Observa Azevedo que, segundo a teoria da confiança, “se o destinatário da declaração confiou indevidamente (por exemplo, por má-fé, isto é, por dolo ou por culpa), então se pode passar a pesquisar a vontade interna do declarante”. Nesta hipótese, como adverte o emérito professor da universidade de São Paulo, “é a má fé do destinatário que autoriza a predominância excepcional da vontade sobre a declaração”.⁶³

⁵⁸ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.26.

⁵⁹ SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1985,p.10.

⁶⁰ GOMES, Orlando. Obra citada, p.277.

⁶¹ GOMES, Orlando. Idem, p.278.

⁶² GOMES, Orlando. Idem, p.279.

⁶³ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.87.

(iii) A teoria da confiança olhava, sobretudo, para a posição do declaratório, já que seu objetivo era tutelar os interesses do tráfico jurídico. Inversamente, a teoria da responsabilidade, formulada inicialmente por Vittorio Scialoja⁶⁴, reagia contra a teoria da vontade prestando atenção ao ponto de vista do declarante. Esta teoria invoca a ideia de responsabilidade para chegar à vinculação do declarante, que “não poderia invocar um sentido subjetivo, nem sequer pretender que a declaração não valesse por falta de vontade, pois é responsável pelo sentido objetivo da declaração e pela falta ou vício de vontade”.⁶⁵

Esta tese considera “a autonomia da vontade como critério típico e normal de imputação negocial”, explica Almeida, “mas admite como fonte alternativa a responsabilidade por uma conduta significativa em que o declarante, agindo com dolo ou culpa, provoca uma divergência entre o sentido do comportamento e a sua própria vontade efectiva”.⁶⁶

Raquel Schmiedel anota que, segundo esta concepção, a vontade real prevalece sobre a vontade exteriorizada, mas o declarante é responsável pela declaração feita e deve arcar com seu ônus, sempre que por sua culpa, ela não corresponder à vontade real.⁶⁷

É certo que somente a ideia de responsabilidade não seria suficiente para resolver o problema da falta de vontade e dos vícios da vontade. Foi necessário acrescentar um critério de imputação que servisse à concretização da responsabilidade pelo sentido objetivo da conduta e o critério que predominou na doutrina foi o da culpa do declarante.⁶⁸

Mota Pinto⁶⁹ entende que seria insatisfatória uma teoria da responsabilidade pura, que ignorasse a posição do destinatário da declaração, motivo pelo qual a

⁶⁴ Nesse sentido, ver MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.32; ALMEIDA, C. F. de. Obra citada, p.57.

⁶⁵ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.31.

⁶⁶ ALMEIDA, C. F. de. Idem, p.57.

⁶⁷ SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.10.

⁶⁸ MOTA PINTO, P. C. da. Obra citada, p.32.

⁶⁹ MOTA PINTO, P. C. da. Idem, p.33.

teoria da responsabilidade receberia, posteriormente, uma moderação resultante do merecimento de tutela de confiança.

Azevedo⁷⁰ censura nesta teoria o fato de que, se houver culpa do declarante, a declaração subsiste válida, de onde se conclui que a culpa do agente convalida o seu próprio ato.

Como se vê, a discussão atinente ao fundamento da vinculação negocial, cuja semente inaugural foi lançada pela primeira geração de pandectistas (a partir de Savigny e de seus seguidores), passou pelas teorias de cunho psicologizante e recebeu o influxo pungente da teoria da declaração, sem embargo das teorias intermediárias lançadas, como a teoria da confiança e da responsabilidade.

Impende convir, no entanto, que esta trajetória no desenvolvimento da teoria do negócio jurídico manteve-se atrelada ao voluntarismo oitocentista, do qual apenas se afasta com o surgimento de concepções que abrangem o negócio como comando concreto ao qual o ordenamento jurídico atribui eficácia vinculante. Tais concepções, cuja atenção se volta mais aos efeitos (função) que à gênese negocial (vontade), têm sido agrupadas sob a designação de teorias objetivas.

2.1.1.2 Definições pela função ou objetivas

Vimos, no item anterior, a relevância que o debate entre a teoria da vontade e a teoria da declaração assumiu na construção teórica do negócio jurídico. Com efeito, apesar de os partidários da teoria da declaração não terem se afastado do voluntarismo peculiar à teoria da vontade, ao defenderem o predomínio da declaração objetiva sobre a vontade subjetiva, em caso de divergência entre ambas, “abriram larga brecha para que o negócio jurídico deixasse de ser visto como ato de vontade”.⁷¹

As primeiras concepções que se afastaram da visão voluntarista do negócio jurídico, enfocando-o de forma mais objetiva, foram a de Brinz e Thon, para quem o

⁷⁰ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.87.

⁷¹ AZEVEDO, A.J.de. Obra citada, p.10.

negócio jurídico era “antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade”.⁷²

No quadro das teorias objetivas, assume posição de relevo a chamada “teoria preceptiva”, seguida, nomeadamente, por Bulow, Henle, Larenz, Kelsen e Betti. Os partidários desta teoria sustentam que “o negócio jurídico constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante”.⁷³ Dessa forma, transforma-se o negócio jurídico em norma jurídica concreta.

Kelsen, um dos maiores representantes da doutrina juspositivista⁷⁴, sustentava que o “sentido subjetivo do ato ou dos atos que formam um negócio jurídico é uma norma, porque o negócio jurídico é um fato produtor de normas”, sendo que a palavra negócio jurídico “é usada tanto para significar o ato produtor da norma como ainda a norma produzida pelo ato”.⁷⁵ Disso decorre que o ilustre escritor austríaco se refere a “normas jurídico-negocialmente criadas”, porquanto a ordem

⁷² AZEVEDO, A.J.de. Idem, ibidem.

⁷³ AZEVEDO, A.J.de. Obra citada, p.12.

⁷⁴ Através dessa diretriz filosófica, passou-se a preconizar o estudo do direito como uma verdadeira ciência, isto é, este estudo deveria tomar por base as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. O dado fundamental no conceito positivista de Ciência era a avaloratividade, visto que caberia à ciência apenas o exame de juízos de fato, com exclusão de juízos de valor; a ciência deve tomar conhecimento da realidade, sem posicionar-se frente a ela. Assim, o positivismo jurídico representa o estudo do direito como fato, não como valor. Para o juspositivista, pouco importa se o direito é justo ou injusto, bom ou mal; importa, sim, a análise do direito real, aquele que se manifesta na realidade histórico-social, longe de se cogitar de um direito ideal (Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p.135-136). A característica da avaloratividade fica evidente numa das principais obras de Kelsen, a “Teoria pura do Direito”, na qual o autor busca assentar o caráter científico do direito conservando-lhe a pureza metodológica. Considerava que o objeto da ciência jurídica era um complexo de normas, de modo que todo e qualquer elemento estranho a esta essência normativa deveria ser excluído do estudo. Em última análise, esta exclusão objetivava fazer com que o Direito, enquanto ciência, não estivesse a serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos. Para Karl Larenz, a Teoria pura do direito é uma *teoria do conhecimento juscientífico*, na medida em que não se preocupa com o exame de determinado direito positivo ou de um certo enunciado jurídico; cuida, na verdade, de uma teoria do direito positivo e da estrutura lógica das normas jurídicas em geral, sem se interessar pelo conteúdo de um enunciado jurídico em particular (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.94). Para uma crítica da doutrina juspositivista, vale conferir Roberto Lyra Filho. *O que é o Direito*. São Paulo: editora brasiliense, 1982.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.179.

jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, como um meio de criação de normas jurídicas gerais e individuais.⁷⁶

Na Itália, o grande adepto da teoria preceptiva foi Emilio Betti, para quem o negócio jurídico “ é ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses nas relações com os outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social e lhe caracteriza o tipo”.⁷⁷

Nessa perspectiva, o ato negocial pode consistir numa declaração ou num simples comportamento, sendo essencial que o negócio jurídico, como fato social que é, possa ser socialmente reconhecível, isto é, atender a uma exigência de recognoscibilidade. Esta exigência se justifica por ser a vontade um elemento psicológico, circunscrito ao foro íntimo, que somente através de declarações ou comportamentos pode se tornar reconhecível no ambiente social, passando a ser suscetível de valoração e de interpretação neste ambiente.⁷⁸

Não obstante Betti reconheça as diferenças entre norma jurídica e negócio jurídico, ao dizer expressamente que o conteúdo do negócio é elevado a preceito jurídico por processo de recepção do ordenamento⁷⁹, a sua concepção é preceptiva porque divisa, no conteúdo do negócio, “um estatuto, uma disposição, um preceito de autonomia privada”.⁸⁰ Este preceito se destina à eficácia constitutiva, isto é, “a realizar, imediatamente, os efeitos ordenativos correspondentes, na vida de relação”.⁸¹

Para o professor da Universidade de Roma, a declaração e o comportamento têm natureza preceptiva, sendo, portanto, vinculativos. Não são simples revelações externas, nem meras enunciações ou indícios de um conteúdo psicológico.⁸² Deste modo, a declaração e o comportamento, na leitura bettiana, têm uma relevância essencialmente social e uma eficácia própria: “eficácia que, primeiro,

⁷⁶ Kelsen, Hans. Idem, p.183.

⁷⁷ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN editora, vol.1, 2003, p.79.

⁷⁸ Cf. BETTI, Emilio. Obra citada, p.81.

⁷⁹ Cf. AZEVEDO, A.J.de. Obra citada, p.12-13.

⁸⁰ BETTI, Emilio. Obra citada, p.81.

⁸¹ BETTI, Emilio. Idem, ibidem.

Ver *supra*, item anterior (1.2.1)

se manifesta logicamente no plano social, e depois, graças à sanção do direito, **se destina** a produzir-se também no plano jurídico”.⁸³

Nesse passo, o negócio jurídico se presta a “constituir e dar vida a um **preceito** de autonomia privada”.⁸⁴ Betti rechaça, com veemência, o que ele denomina como uma “mitologia da vontade”, a qual crê na onipotência da vontade individual, de maneira que esta seja concebida como essência do negócio. Segundo o autor, a vontade, como elemento psíquico, esgota-se na declaração ou no comportamento que a expressam; essa declaração ou comportamento absorvem-na. A partir deste momento, aparece o preceito de autonomia privada, que “adquire vida como entidade duradoura, exterior e separada da pessoa de seu autor”.⁸⁵

Nesse sentido, conclui o jurista austríaco: “o preceito do negócio é, pela sua natureza normativa e não psicológica, qualquer coisa separada da pessoa e que **pode** contrapor-se-lhe (até nos negócios unilaterais) e vinculá-la”.⁸⁶

A teoria preceptiva foi combatida tanto na Alemanha quanto na Itália.

Segundo Scognamiglio, a concepção preceptiva do negócio jurídico não **supera** a teoria da vontade, a qual pretende combater, pois apenas substitui o **dualismo** tradicional entre vontade e declaração por outro: vontade e preceito. Não **há**, portanto, razão para abandonar-se o conceito de negócio jurídico como **declaração** de vontade.⁸⁷

Outra crítica que merece realce é a de Cariota Ferrara, que, referindo-se à **pretensão** da teoria preceptiva, assevera: “Um preceito, que tenha eficácia **constitutiva**, isto é, que produz diretamente os efeitos...não é preceito, não é norma; **pelo** contrário, uma relação jurídica não pode ter valor normativo, porque já é efeito **de** uma norma”, donde se depreende que “Norma, preceito e relação jurídica são

⁸³ BETTI, Emilio. Obra citada, p.81.

⁸⁴ BETTI, Emilio. Obra citada, p.87.

⁸⁵ BETTI, Emilio. Obra citada, p.91.

⁸⁶ BETTI, Emilio. Idem, ibidem.

⁸⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo Alla teoria Del negozio giuridico*. Napoli: Jovena, 1950, p.71. **Apud**: SCHMIEDEL, R. C. Obra citada, p.17.

termos não equivalentes e não são conceitos que especifiquem um ao outro; a **relação jurídica não é nunca normativa**".⁸⁸

Para Azevedo, as teorias objetivas pecam pelo mesmo unilateralismo das concepções subjetivas, dado que "a transformação do negócio em norma jurídica é artificial, na medida em que a expressão norma jurídica implica sempre um *jubere* que o negócio jurídico não possui. Esse o seu principal defeito".⁸⁹ Outra vicissitude das teorias objetivas, na ótica de Azevedo, diz respeito à invalidade do negócio jurídico. Se o negócio jurídico traduz um preceito, uma norma concreta a que o ordenamento atribui eficácia vinculante, então os negócios inválidos (= nulos ou anuláveis), em virtude de sua situação irregular, seriam não-normas, não-negócios para a concepção preceptiva; isso, porém, arremata o professor da Universidade de São Paulo, "contradiz todo o sistema atual, no qual o negócio nulo, ainda que sem os requisitos de validade (e tirando daí a sua nulidade), continua a ser visto e classificado como negócio, seja na doutrina, seja na jurisprudência".⁹⁰

Por outro lado, seguindo a estrutura da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, parece evidente que o equívoco das teorias preceptivas está em confundir a norma, pressuposto para a juridicização de suportes fáticos por ela previstos, e a eficácia que pode ser irradiada do fato jurídico. Conforme já tivemos oportunidade de elucidar no item "1.1", para que ocorra o fenômeno da juridicização, faz-se mister que a norma jurídica incida sobre o seu próprio suporte fático, uma vez concretizados, suficientemente, os elementos deste na realidade da vida, fazendo com que este suporte – ou melhor, parte dele - ingresse no mundo jurídico, como fato jurídico (= plano da existência). Daí seque-se que o **suporte fático, sozinho, não produz eficácia jurídica; tampouco produz a norma, cujo efeito é incidir sobre o suporte fático para juridicizá-lo** (eficácia normativa).

Dessa forma, a irradiação de efeitos é momento posterior ao da existência do fato jurídico: primeiro o fato ingressa no mundo jurídico e existe, para depois irradiar, eventualmente, efeitos.⁹¹

⁸⁸ FERRARA, Luigi Cariota. Il negozio giuridico nel diritto privato italiano. Napoli:Morano,s.d.,p.104. Apud: AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.13.

⁸⁹ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.12.

⁹⁰ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.14.

⁹¹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p.173.

Afirmar, como faz Betti, que o negócio jurídica se destina a constituir e dar **vida** a um preceito de autonomia privada, é perder de vista que a autonomia privada **ou** autonomia da vontade não é mais do que “o que ficou às pessoas”⁹². **Trata-se de um espaço em branco deixado pelas regras jurídicas para a disciplina dos interesses pelos particulares.**⁹³ Veja-se que os figurantes, num negócio, podem autorregurar seus interesses dentro dos limites traçados pelas normas, quer de natureza cogente, quer de natureza dispositiva.

As concepções objetivas do negócio jurídico acabam por identificar, sem **lógica**, a vontade elemento do suporte fático do negócio jurídico e a lei, confusão verificável alhures quando se fala que “o contrato tem força de lei”. A autonomia da vontade ou autonomia privada não é mais do que **“o nome que se dá à possibilidade de se fazer elemento nuclear do suporte fático, suficiente para tornar jurídicos atos humanos, a vontade”**. (Grifou-se)⁹⁴

Nesse sentido, é a crítica de Marcos Bernardes de Mello, que utiliza um **argumento** simples para negar o caráter normativo do negócio. Diz ele que a **incidência** é a característica fundamental das normas jurídicas e “negócio jurídico **algum** – exceto no campo do direito internacional público – tem ou pode ter o efeito **de** incidir sobre fatos e criar fato jurídico”.⁹⁵ Isso porque o negócio jurídico, em si, já é **fato** jurídico resultante, portanto, da incidência de normas jurídicas. Além disso, para o emérito professor da Universidade Federal de Alagoas, apenas aparentemente é **que** o negócio cria normas individuais, aplicáveis somente a ele, porquanto se está **“aplicando** normas jurídicas do ordenamento jurídico, às vezes implícitas, em **decorrência** de permissivo resultante da própria indeterminação normativa. Tanto **isso** é verdadeiro que a ninguém é dado realizar negócio jurídico que seja proibido **ou** que não seja permitido”.⁹⁶ Nessa esteira, conclui Mello: “A indeterminação das

⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo III, p.56.

⁹³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p.55.

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo III, p.55. Ver, também, a crítica feita por Pontes de Miranda à concepção preceptiva do negócio no Tratado de Direito Privado, tomo II, p.447.

⁹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p.187.

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Obra citada, p.188.

normas (...) dá maior liberdade à vontade, permitindo que atue em maior amplitude. A sua margem de escolha é mais acentuada, porém não implica o poder de *criar norma jurídica*". (Grifo do autor)⁹⁷

Assentada, pois, tanto a insuficiência das concepções subjetivas quanto das objetivas, insta aduzir a proposta do professor Antônio Junqueira de Azevedo, que busca definir o negócio jurídico de um ponto de vista estritamente estrutural.

2.1.1.3 Contribuição de Antônio Junqueira de Azevedo

Vimos que as teorias subjetivas ou genéticas centralizavam sua atenção no elemento vontade e que as teorias objetivas ou preceptivas ocupavam-se mais com os efeitos do negócio (sua função). A visão de Azevedo, absorvendo as contribuições dessas duas vertentes teóricas, pretende analisar o negócio jurídico sob um *viés estritamente estrutural*.

Nessa perspectiva, o negócio pode ser definido como **categoria** (=fato jurídico abstrato) ou como **fato** (= fato jurídico concreto). Como categoria, o negócio jurídico "consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstâncias negociais*) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos". (grifos do autor)⁹⁸Então, ser declaração de vontade é a **característica específica primária** do negócio. O autor tem um concepção particular de declaração de vontade, uma vez que, para ele, a declaração de vontade nada mais é do que uma "manifestação de vontade qualificada"⁹⁹. Esta qualificação provém das circunstâncias negociais que fazem com que o negócio seja visto, socialmente, como destinado a produzir efeitos jurídicos. Por sua vez, a **característica secundária** consiste em que o direito,

⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Idem, ibidem.

⁹⁸ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.16.

⁹⁹ AZEVEDO, A. J. de. Idem, p.17.

“acompanhando a visão social, atribui à declaração os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela efeitos constitutivos de direito”.¹⁰⁰

Para Azevedo, a visão estrutural se afasta da posição voluntarista porque **enfoca** o negócio sob um prisma social, já que o negócio não é um ato de vontade **do** agente, não é o que o agente quer, senão um “ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos”.¹⁰¹ Para o autor, essa **concepção** estrutural do negócio, conjugada com o exame de sua projeção nos três **planos** resolvem, dentre outras, as tormentosas questões do papel da vontade e da **causa** no negócio jurídico.

Fica claro, portanto, que o pensamento de Azevedo assimilou a tripartição **de** planos proposta por Pontes de Miranda¹⁰². Com efeito, o próprio título de sua obra “negócio jurídico: existência, validade e eficácia” não deixa espaço para dúvidas **quanto** a isso.

Interessa-nos mais de perto, porém, é o exame que o autor faz do negócio jurídico no plano da existência.

Azevedo discorre sobre as três espécies de elementos que compõem o **negócio** jurídico segundo a doutrina tradicional: essenciais, naturais e acidentais. **Pondera** que essa classificação derivou da leitura das fontes romanas e que o direito romano não conheceu a categoria do negócio jurídico, motivo pelo qual os elementos apontados pela doutrina tradicional só podem se referir a determinadas categorias de negócio e não a elementos do negócio jurídico. Mercê disso, Azevedo **conclui** que “não é possível, pura e simplesmente, transplantar esse esquema de classificação para o estudo do negócio jurídico”.¹⁰³ Outra crítica do autor a esta classificação diz respeito à grande indecisão da doutrina sobre o tema, que classifica os elementos essenciais em gerais e particulares (Washington de Barros Monteiro); distingue elementos constitutivos e pressupostos de validade (Silvio Rodrigues); diferencia elementos essenciais à existência e elementos essenciais à validade (Moreira Alves); prefere o termo “requisitos” a “elementos” (Vicente Ráo); e

¹⁰⁰ AZEVEDO, A. J. de. Idem, p.16.

¹⁰¹ AZEVEDO, A. J. de. Idem, p.21.

¹⁰² Ver, *supra*, sobre a tripartição de planos, a nota de rodapé de n. 25.

¹⁰³ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.27.

apresenta, ainda, um sistema ternário composto por pressupostos, elementos e circunstâncias (Francesco Carnelutti).¹⁰⁴

Em vista da impossibilidade de transplantar a classificação romanística para o estudo do negócio jurídico e da indecisão reinante na doutrina sobre o tema, Azevedo sustenta, partindo de um exame do negócio nos três planos sucessivos de projeção (existência, validade e eficácia) que “o negócio jurídico, examinado no **plano da existência**, precisa de elementos, para existir; no **plano da validade**, de requisitos, para ser válido; e, no **plano da eficácia**, de fatores de eficácia, para ser eficaz”. (Grifou-se)¹⁰⁵

Elemento do negócio é “tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito”.¹⁰⁶ A classificação que Azevedo faz desses elementos toma em consideração os graus de abstração existentes entre o negócio jurídico – que figura no ápice da escala de abstração -, os tipos intermediários abaixo deste até atingir o negócio jurídico concreto.¹⁰⁷

Dessa forma, os elementos do negócio podem ser classificados em: a) **elementos intrínsecos ou constitutivos**: elementos gerais, elementos categoriais e elementos particulares; e b) **elementos extrínsecos ou pressupostos**: agente, lugar e tempo do negócio.

Os elementos gerais são comuns a todos os negócios e indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Tais elementos são três: a **forma**, o **objeto** e as **circunstâncias negociais**. A forma é o tipo de manifestação que veste a declaração (oral, escrita, mímica, silêncio, etc.); o objeto é o conteúdo do negócio (e.g., as cláusulas de um contrato); e as circunstâncias negociais são “o que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto”, ou melhor, “aquele *quid*,

¹⁰⁴ AZEVEDO, A. J. de. Idem, p.27-29.

¹⁰⁵ AZEVEDO, A. J. de. Idem, p.30. O autor traz a seguinte justificativa para sua opção terminológica: “... elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (pense-se nos elementos simples, ou puros, da química), que, por outro lado, requisitos (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte...” (AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.30)

¹⁰⁶ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.31.

¹⁰⁷ Cf. AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.32. O raciocínio pode ser assim exemplificado: “A” e “B” celebram contrato de doação (negócio jurídico particular), que é pertence ao gênero contrato de doação, que é contrato e que, por sua vez, é negócio jurídico.

irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos”.¹⁰⁸

Os elementos categoriais “caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio”¹⁰⁹ e se revelam pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio (e.g., compra e venda, doação, comodato, etc.). São classificados em: a) **elementos categoriais essenciais** ou **inderrogáveis** e b) **elementos categoriais naturais** ou **derrogáveis**. Os primeiros servem para definir a essência de cada negócio – se forem derogados, não mais teremos aquele negócio - e tem como exemplos, no nosso direito atual, o consenso sobre a coisa e o preço na compra e venda; a manifestação do *animus donandi* e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel, no depósito, dentre outros. Por sua vez, os elementos categoriais naturais ou derogáveis são os que, “embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo”¹¹⁰, sendo exemplos desses elementos a responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos; o acordo sobre o sinalagma funcional, nos contratos bilaterais, etc.¹¹¹

¹⁰⁸ AZEVEDO, A. J. de. Idem, ibidem. Mais adiante, em sua obra, Azevedo afirma que as circunstâncias negociais consistem “exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos” (AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.122). Para o autor, estas circunstâncias são um *modelo cultural de atitude*, existente em dado momento histórico, em determinada sociedade. Em casos normais, esse modelo cultural corresponderá a uma vontade de declarar, já que “no seu próprio meio social, quem deseje realizar um negócio jurídico dificilmente deixará de saber, para realizá-lo, qual atitude tomar” (AZEVEDO, A. J. de. Idem, ibidem). Para dimensionar, *in concreto*, as circunstâncias negociais, o autor menciona três circunstâncias: o ato de vontade realizado num palco, durante uma representação, ou numa preleção em sala de aula, ainda que tenha todos os elementos de existência e validade, não é negócio jurídico por lhe faltar circunstâncias negociais; no caso dos índios, em que o nosso ordenamento considera nulos os atos realizados por eles dentro dos padrões da sociedade que não é a sua, justamente pela deficiente assimilação dos modelos culturais de atitudes jurídicas por parte dessas pessoas; por fim, no caso de atos realizados em circunstâncias negociais, mas em que há total falta de seriedade do declarante, ou coação absoluta, ou erro obstativo: o negócio jurídico existe, pela presença das circunstâncias negociais, mas é inválido (= nulo ou anulável) (Cf. AZEVEDO, A. J. de, Obra citada, p.123-124)

¹⁰⁹ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.35.

¹¹⁰ AZEVEDO, A. J. de. Idem, ibidem.

¹¹¹ Cf. AZEVEDO, A. J. de. Idem, p.36.

Os elementos particulares, a seu turno, “são aqueles que, apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio”.¹¹² São sempre voluntários, podem ser utilizados pelas partes em número ilimitado, porém, os mais comuns dentre eles são a condição o termo e o encargo.

Finalmente, os elementos extrínsecos ou pressupostos não fazem parte integrante do negócio, mas, sem dúvidas, são indispensáveis à sua existência, uma vez que se situam como elementos comuns às categorias colocadas acima do negócio jurídico. Os elementos tempo¹¹³, lugar e agente são comuns a todo fato jurídico e ao ato jurídico em sentido amplo.¹¹⁴

Para arrematar essas considerações, impende anotar que Azevedo defende uma posição particular quanto à presença do elemento volitivo como elemento do negócio jurídico. Para ele, o negócio jurídico não contém um dualismo vontade-declaração, mas apenas um elemento, qual seja a declaração de vontade. Assim, “a vontade”, assevera o ilustre professor da Universidade de São Paulo, “ não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade”.¹¹⁵ Explica que todo o processo volitivo anterior à declaração é absorvido por esta, mas não faz parte, no plano da existência, do negócio jurídico. Pondera, ademais, que o fato de a vontade influenciar posteriormente na validade ou na eficácia do negócio não a faz parte dele. A consequência disso é que o negócio, mesmo sem vontade, existe, ainda que invalidamente ou de maneira ineficaz.¹¹⁶

Analizada a contribuição de Antônio Junqueira de Azevedo, cumpre, ainda, no percurso teórico do negócio jurídico, perscrutar a concepção de Pontes de Miranda e de Marcos Bernardes de Mello, maior conhecedor da obra ponteana na atualidade.

¹¹² AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.38.

¹¹³ Cf. PONTES DE MIRANDA, F.C. Obra citada, tomo I, p.29-33.

¹¹⁴ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.33.

¹¹⁵ AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.82.

¹¹⁶ Cf. AZEVEDO, A. J. de. Obra citada, p.82-85.

2.1.1.4 Contribuição de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello

O ato humano pode ser elemento componente do suporte fático das normas jurídicas, ingressando no mundo jurídico quando da incidência destas. Tal é a fenomenologia da juridicização, sobre a qual discorreremos no início deste trabalho.¹¹⁷

Dessa forma, o suporte fático, em que há o elemento ato humano, pode entrar no mundo jurídico como ato ilícito (e.g., roubo), fato jurídico *stricto sensu* (e.g., morte), ato-fato jurídico (e.g., adimplemento), ato jurídico *stricto sensu* (e.g., interpelação) e, finalmente, como negócio jurídico (e.g., contratos em geral).

Cumprе remarcar que os atos humanos tornam-se jurídicos quando sobre eles incide regra jurídica, dizendo suficiente o suporte fático, de modo que esses atos passam a ter relevância para o direito.

O negócio jurídico, naturalmente, não foge dessa lógica, pois também ele é o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu próprio suporte fático quando concretizados, no plano da vida, os elementos lá descritos. Todavia, cumpre indagar: no caso do negócio jurídico, quais são os componentes de seu suporte fáticos? Quais são, em outros termos, os elementos de suficiência (=plano da existência) do negócio jurídico?

Todo suporte fático contém alguns fatos que, por serem essenciais à incidência da norma e à criação do fato jurídico, denominam-se **elementos nucleares do suporte fático**. Dentre esses, pode-se identificar o **elemento cerne do suporte fático** e os **elementos completantes do núcleo**. O elemento cerne consubstancia o fato que “determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção”.¹¹⁸ São exemplos de elementos cerne: a morte, quanto à sucessão; e a vontade consciente, no ato jurídico. Os elementos completantes, como se pode inferir da nomenclatura, completam o núcleo do suporte fático. É fundamental dizer que os elementos nucleares do suporte fático (cerne + completantes) são pressupostos necessários à incidência da norma jurídica, mercê

¹¹⁷ Ver, *supra* item 1.1.

¹¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. Ed. São Paulo: Editora Saraiva 2007, p.52.

do que constituem **elementos de suficiência do suporte fático**, cuja falta – seja do núcleo seja dos elementos completantes – acarreta a inexistência do fato jurídico.¹¹⁹

Além dos elementos de suficiência do suporte fático (cerne + completantes), existem os chamados elementos de eficiência do suporte fático, que são os elementos complementares¹²⁰ e os integrativos¹²¹, que são sempre pressupostos de validade ou de eficácia do ato jurídico, sem dizer respeito à existência.

Assim, os elementos nucleares do suporte fático dos negócios jurídicos são:

a) **elementos cerne**: manifestação consciente de vontade com poder de autorregramento; b) **elementos completantes**: declaração ou manifestação de vontade que contenha a vontade de negócio (“circunstâncias negociais”, na terminologia de Azevedo).¹²²

Figura como elemento cerne do negócio jurídico a manifestação consciente de vontade. Cabe dizer que esse elemento não é pertinente à própria categoria do ato jurídico, que demanda, para a composição suficiente de seu suporte fático, que a exteriorização da vontade seja consciente, de maneira que “aquele que a declara ou a manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio”.¹²³ Portanto, aquele que, comparecendo a um leilão, em localidade cujos costumes desconhece, faz determinada gesto que lá significa lance, não tem consciência da vontade que manifesta.¹²⁴ Com efeito, não se pode dizer que houve oferta; é caso de inexistência do ato.

¹¹⁹ MELLO, M. B.de. Obra citada, p.62.

¹²⁰ São elementos que não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam e se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos. Os elementos complementares são relativas ao sujeito (e.g., capacidade de agir e legitimação), ao objeto (e.g., licitude e moralidade) e à forma de manifestação de vontade (atendimento à forma quando prescrita ou não defesa em lei) (Cf. MELLO, M. B.de. Obra citada, p.55).

¹²¹ Elementos integrativos são os que não compõem o suporte fático dos negócios jurídicos, não interferindo quanto à existência, validade e eficácia própria destes. Esses elementos, na verdade, são atos jurídicos que se juntam aos negócios jurídicos já existentes para o fim de produzir uma eficácia adicional à eficácia normal dos negócios jurídicos. É exemplo de elemento integrativo o ato de registro nos negócios jurídicos de sociedade, associação ou fundação e do acordo de transmissão nas alienações de imóveis (Cf. MELLO, M. B.de. Obra citada, p.56-62)

¹²² Cf. MELLO, M. B.de. Obra citada, p.54 e 145; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo III, p.7.

¹²³ MELLO, M. B.de. Idem, p.146.

¹²⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, tomo I, p.100; MELLO, M. B. de. Idem, ibidem.

Ressalte-se, então, que a consciência da vontade, manifestada ou declarada, não tem conotação estritamente psíquica, que nos remeteria a negar a existência do elemento sob análise apenas nos casos de manifestação de vontade em que o figurante do negócio não gozasse da plenitude de suas faculdades mentais (eg., estava desmaiado quando da manifestação). Seque-se daí que a noção de consciência da manifestação de vontade, como se pode depreender do caso do leilão, “exige, também, o conhecimento das circunstâncias que envolvem a declaração ou manifestação”.¹²⁵

Além da manifestação consciente da vontade, insere-se como elemento cerne, núcleo do suporte fático do negócio jurídico, o **autorregramento da vontade**. Este elemento, como já dissemos, é o que permite a diferenciação entre negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*.¹²⁶ Trata-se de elemento ontológico do negócio jurídico. Nas palavras de Pontes de Miranda, “o negócio jurídico é o tipo de ato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou às pessoas”.¹²⁷

O sistema jurídico, por meio de normas dispositivas – encontradiças principalmente no campo do direito das obrigações -, estabelece permissivos à vontade para a escolha da categoria negocial e para a estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica. Esse poder de autorregramento é conferido pelo ordenamento jurídico, não pela vontade: inexistente efeito jurídico *ex voluntate*. Mercê disso é que esse poder de autorregrar seus próprios interesses não é ilimitado. Por mais ampla que seja a liberdade de escolha, sempre há normas que incidem sem deixar à vontade margem para escolha (e.g., art.394,Código Civil de 2002).

A maior ou menor amplitude para o autorregramento da vontade depende do traçamento do sistema jurídico. No direito das obrigações, em geral, as espécies negociais são *numerus apertus*. O grau de indeterminação das normas nesse campo é elevado, donde resulta que a liberdade para estruturar o conteúdo eficaz da relação jurídica também seja ampla. Exemplo disso é a possibilidade de criar negócios não previstos nas leis, como é o caso dos contratos de *Leasing* e *Factoring*.

¹²⁵ MELLO, M. B.de. Obra citada, p.146.

¹²⁶ Ver, *supra* item 1.1.

¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo I, p.91.

De outro vértice, muitas vezes as normas disciplinam de forma exaustiva o conteúdo da relação jurídica preestabelecendo os direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações, exceções e suas respectivas situações passivas. Sobra à vontade a escolha da categoria jurídica. O casamento é exemplo dessa situação, visto que as relações jurídicas que dele nascem e o regime de bens estão, exaustiva e cogentemente, estabelecidos pela norma jurídica.¹²⁸

Sedimentada a compreensão sobre os elementos cerne do suporte fático do negócio jurídico, insta analisar os elementos que, sem integrar o próprio núcleo, completam-no, isto é, são os elementos completantes do núcleo do suporte fático do negócio jurídico, quais sejam a **declaração de vontade** e **manifestação de vontade** (= ato de vontade adeclarativo). Ambas são formas de exteriorização da vontade, “aptas a serem elemento de suporte fático de fato jurídico, com ou sem o intuito de ter eficácia jurídica de tal fato”.¹²⁹ A declaração de vontade é a exteriorização declarada, tornada clara, “é o ato volitivo em que claramente se comunica a alguém o fato da vida interna, da psique”.¹³⁰ É, assim, uma manifestação de vontade qualificada. Por sua vez, a vontade também pode exteriorizar-se através de simples manifestações (= atos volitivos adeclarativos), “que se revelam através de mero comportamento das partes, embora concludente”¹³¹, como é o caso da aceitação tácita da herança (Código Civil de 2002, art.1805, *in fine*) e da derrelicção (Código Civil de 2002, art.1263). Convém observar que a manifestação de vontade ou ato volitivo adeclarativo *manifesta* vontade, embora não a *declare*.

¹²⁸ Cf. MELLO, M. B.de. Obra citada, p.181-186.

¹²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo I, p.80. Importa notar que o ínclito escritor alagoano não diz que as declarações e manifestações de vontade são dirigidas à produção de efeitos jurídicos. Ao contrário, considera que é preciso que as manifestações e declarações de vontade sejam aptas a serem fatos jurídicos, de maneira que o intuito de ter eficácia nada influencia no surgimento do fato jurídico. Pode ser que a manifestação de vontade haja sido clara em destinar-se à eficácia jurídica e, ainda assim, não ser apta a ingressar no mundo jurídico (= plano da existência), “porque a eficácia é do jurídico, e não do puro suporte fático que seria a manifestação de vontade” (PONTES DE MIRANDA,F.C. Obra citada, tomo I, p.80). Assim, consoante preleciona o mesmo autor, a eficácia não é característica essencial da manifestação ou declaração de vontade, porquanto a eficácia se trata de uma finalidade ocasional, que pode não existir ou ser menos ou mais do que queria o declarante ou a que se destinava a declaração (Cf. PONTES DE MIRANDA,F.C. Obra citada, tomo I, p.82 e 91).

¹³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo II, p.416.

¹³¹ MELLO, M. B.de. Obra citada, p.144.

Com o didatismo que lhe peculiar, Marcos Bernardes de Mello aclarou a distinção com o seguinte exemplo: “se alguém lança ao lixo um par de sapatos, *manifesta* a sua vontade de abandoná-lo (=derrelicção); se, diferentemente, diz às pessoas da casa que vai lançar os sapatos ao lixo, *declara* a sua vontade de derrelinquir (abandonar), não somente a manifesta”.¹³²

Essa distinção nos dá subsídios para asseverar que o negócio jurídico – e também o ato jurídico *stricto sensu* – tem o seu suporte fático “enchido” – para usar um neologismo ponteano – por declaração de vontade ou por manifestação de vontade (= ato volitivo adeclarativo). Com isso se revela que a norma incide sobre a manifestação consciente da vontade que contenha vontade de negócio, seja ela declarada ou simplesmente manifestada, juridicizando-a, donde emerge o negócio jurídico.

Por derradeiro, é preciso fazer uma consideração sobre essa aludida “vontade de negócio”. Importa deixar claro que, no pensamento ponteano, a vontade que se leva em consideração é a **vontade manifestada**, não a interna. Caso contrário, seria possível desconstituir o negócio jurídico com a alegação de reserva mental. Aliás, nem se exige que a vontade manifestada permaneça, pois: (a) a declaração ou manifestação de vontade pode ser revogada; (b) se não for revogada ou for irrevogável a declaração ou manifestação, a morte do declarante ou manifestante não destrói a declaração ou manifestação, salvo se o negócio jurídico for de tal natureza que ele mesmo dependia de o declarante ou manifestante estar vivo.¹³³

Argumenta Pontes de Miranda que, em caso de choque entre a vontade interna e a vontade manifestada, no tocante à natureza do ato, ao objeto principal da manifestação de vontade ou a alguma das qualidades a ele essenciais (Código Civil de 2002, art.139, I), tal desconformidade não atinge a existência do negócio jurídico, pois, nesse caso, o negócio “é”, e o direito apenas permite que o declarante que erra venha contra o negócio jurídico, com a sua pretensão constitutiva negativa, dentro de certo tempo. Veja-se que esta situação demonstra que o que de fato importa é a vontade manifestada, já que a descida à investigação da vontade interna somente se dá nos casos apontados pelas regras jurídicas, dentro de certo lapso de tempo e

¹³² MELLO, M. B. de. Idem, *ibidem*.

¹³³ Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, tomo I, p.102-103.

dependente do êxito das provas e vicissitudes processuais, o resultado da descida.¹³⁴

Para reforçar seu posicionamento, o mesmo autor traça o seguinte raciocínio: (a) no plano da existência, atende-se à vontade manifestada; (b) no plano da validade, não se permite a preponderância da vontade interna se a espécie é reserva mental; (c) o mesmo se deu nas espécies de erro não-essencial (= erro substancial, arts.138-142 do Código Civil de 2002), de não seriedade e nas declarações feitas ao público, principalmente em direito comercial.¹³⁵

Até então, o exame do negócio jurídico tem ficado adstrito ao plano da existência. Sucede que o negócio jurídico, assim como o ato jurídico *stricto sensu*, são espécies de fatos jurídicos que não passam imediatamente ao plano da eficácia. Entre o ser e o ter efeitos, existe o valer; entre o plano da existência e o plano da eficácia, existe o plano da validade, campo com qual lidaremos mais proximamente no tópico seguinte ao analisarmos o princípio da conservação e, de modo geral, ao longo do desenvolvimento do tema central da conversão.

2.4 O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Para examinarmos o princípio da conservação do negócio jurídico, cumpre aduzir breves considerações acerca do plano da validade.

Pontes de Miranda assevera que “o problema do ser ou não-ser, no direito como em todos os ramos do conhecimento, é problema liminar”.¹³⁶ Transplantada a dúvida hamletiana para o direito, pode-se dizer que o “ser” de todo fato jurídico provém da incidência da norma sobre seu suporte fático suficiente. E nesse ponto já se percebe que “ser” suficiente e “ser” defeituoso são coisas distintas, uma vez que este já pressupõe aquele, que é *prius* lógico. Não se pode conceber da existência de defeito no nada.

¹³⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, tomo I, p.104.

¹³⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra citada, tomo I, p.104.

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo IV, p.8.

Essa distinção entre inexistência e invalidade é posta em realce por Pontes de Miranda, que, no início do tomo IV de seu Tratado de direito privado, posiciona-se com veemência contra qualquer identificação que se pretenda estabelecer entre o nulo e o inexistente. Explica o autor que essa identificação foi herança do formalismo romanista, em que o *nullus* era sinônimo de não-ser. Somente com a mudança da filosofia no curso da história é que se passou a conceber a diferença entre não-existir e não-valer, de modo que a nulidade passou a ser deficiência, e não insuficiência.¹³⁷

Dessa forma, parece lógico que a questão da incidência é prévia, porque somente depois de se afirmar que algo existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Ainda quando exista o fato jurídico, os conceitos de validade e invalidade só se referem a atos jurídicos, já que não faria sentido negar a validade do nascimento, da morte, da avulsão ou do pagamento, por exemplo. Assim, o ato jurídico inválido, nulo ou anulável, existe, porque ingressou no mundo jurídico; porém, ingressou de forma deficiente, deficitária.

Outra incorreção contra qual se insurge Pontes de Miranda¹³⁸ diz respeito à confusão entre invalidade e ineficácia. Para ele, validade e eficácia do ato jurídico não se confundem, nem se pode ligar um conceito ao outro. Tanto é verdade que o ato jurídico nulo tem suporte fático deficiente e, em regra, é ineficaz; mas, por outro lado, o ato jurídico anulável tem **suporte fático deficiente e é eficaz**, enquanto não forem desconstituídos, por sentença, o ato e sua eficácia.

Disso resulta que o ordenamento jurídico somente atribui validade ao ato jurídico que corresponda a suporte fático suficiente e eficiente, isto é, que haja ingressado no mundo jurídico sem defeito. Considera-se deficiente o suporte fático quando este não satisfaz todos os **pressupostos de validade** (C.C., art.104), que podem ser concernentes ao sujeito do ato jurídico, ao objeto do ato ou à forma, externa (CC, art.166, IV) e interna (CC., art.166, V).

Nessa medida, impende consignar que, sendo a invalidade um déficit, um desfalque, um defeito no suporte fático, a gravidade desse defeito é variável, de tal sorte que, no direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) **nulidade**, sanção bem mais enérgica acarretando, entre outras consequências, em geral, a ineficácia

¹³⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.4-5.

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p.3.

erga omnes do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas; e (b) **anulabilidade**, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, em ação própria, o ato e seus efeitos.¹³⁹

Como se vê, o ato jurídico nulo, em geral, é ineficaz, mas existem casos – excepcionais, é verdade – nos quais se dá irradiação de efeitos decorrentes do ato nulo. É o que acontece no casamento putativo, na nulidade da lei inconstitucional – antes de declarada a inconstitucionalidade – e no conhecido princípio *pas de nullité sans grief*.¹⁴⁰

Nesse quadro de diversidade quanto ao tratamento dos defeitos existentes nos suportes fáticos dos atos jurídicos, conforme a gravidade do defeito (nulidade e anulabilidade), e de possibilidade de projeção eficaz excepcional dos atos jurídicos nulos, avulta de significação o princípio da conservação do negócio jurídico, o qual significa, consoante preleciona Azevedo, que “tanto o legislador quanto o intérprete devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia -, o máximo possível do negócio realizado pelo agente”.¹⁴¹

Destarte, o princípio da conservação traduz a busca por salvaguardar, aproveitar o negócio jurídico inválido (= nulo ou anulável), suprimindo o defeito que o inquinava. A ideia orientadora desse princípio é o que explica que, diante de uma cláusula nula, se possa considerar inválida somente esta cláusula, e não o negócio todo (C.C., art.184) – nulidade parcial; que, em caso de anulabilidade do negócio, o ato poderá ser convalidado se o interessado não lhe pedir a anulação; ou, ainda, nas hipóteses de vício redibitório e evicção parcial, em que a lei não impõe a ineficácia, mas permite que o interessado promova uma correção no negócio, a fim de que este continue a produzir efeitos.¹⁴²

¹³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.61.

¹⁴⁰ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Idem*, p.228-233.

¹⁴¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.66.

¹⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. *Revista dos Tribunais*, ano 63, v.468, p.17-18, 1974.

O fundamento desse princípio, segundo Schmiedel, é o “princípio da economia dos valores jurídicos”,¹⁴³ o que ressalta a necessidade prática de evitar o desperdício da atividade jurídica, tanto no plano do direito público quanto do direito privado.

Para Azevedo, o princípio da conservação justifica-se pelo fato de “o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria do negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto”.¹⁴⁴

Para Marcos Bernardes de Mello¹⁴⁵, são exemplos de aplicação prática desse princípio em nosso direito a regra *pas de nullité sans grief*, o princípio de economia processual pelo qual se evita a anulação e repetição de atos processuais que atingiram a sua finalidade; as regras dos arts.144, 157, 167, 170, 177, 2ª parte, 183 e 184 do Código Civil; a sanabilidade e convalidabilidade do ato anulável; e o instituto da conversão do negócio jurídico.

É imperioso notar, portanto, que o princípio de conservação do negócio jurídico tem, como uma de suas possibilidades de aplicação, o instituto da conversão do negócio jurídico. Essa orientação principiológica acaba por consubstanciar o fundamento da conversão, a qual passará a ser objeto de nossas preocupações nos capítulos seguintes.

¹⁴³ SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1985,p.43.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p.67.

¹⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.226-227.

3 A CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Desde a década de setenta do século anterior, Azevedo já ressaltava a negligência da doutrina e da jurisprudência com relação ao tema da conversão. Segundo o professor da Universidade de São Paulo, a doutrina “parece não ter percebido sua enorme importância teórica para a concepção do negócio jurídico”, principalmente para propiciar a revisão da concepção de negócio jurídica como ato de vontade, já que a conversão consubstancia um caso de negócio jurídico que, de fato, não foi querido pelas partes; a jurisprudência, a seu turno, “não se deu conta de que poderá ser ele (o instituto da conversão) um instrumento eficaz para obter soluções equânimes, em inúmeros casos, em que a rigorosa aplicação dos preceitos sobre as nulidades pode conduzir à injustiça”.¹⁴⁶

Apesar do interesse teórico e prático do instituto da conversão, este contava com poucos trabalhos doutrinários no direito brasileiro¹⁴⁷, cabendo destacar o capítulo que Pontes de Miranda dedicou ao tema no tomo IV de seu monumental “Tratado de Direito Privado”.¹⁴⁸

No trato legislativo da conversão, poucos são os sistemas que contêm norma jurídica expressa sobre o tema, como o ocorre com o direito alemão (§140, BGB)¹⁴⁹, o direito italiano (art.1424, *Codice Civile*)¹⁵⁰ e o direito português (art.293, Código Civil)¹⁵¹, sem embargo do desenvolvimento doutrinário nos países em que

¹⁴⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*. Revista dos Tribunais, ano 63, v.468, p.19, 1974.

¹⁴⁷ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Idem*, p.19.

¹⁴⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.62-74.

¹⁴⁹ § 140 Umdeutung: “Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde” (Correspondendo um negócio jurídico nulo aos requisitos de um outro negócio jurídico, vale o último, se for de presumir-se que este, à vista do conhecimento da nulidade, teria sido querido).

¹⁵⁰ Art. 1424: “Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità (1367)”.

¹⁵¹ Art.293: “O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim

não há previsão legal. A exemplo do direito alemão, italiano e português, o código Civil de 2002 trouxe enunciado legal concernente à conversão do negócio jurídico, o qual examinaremos com maior detença no tópico “2.4” deste capítulo.

Antes do Código Civil alemão (BGB), a conversão não tinha previsão legal; assim como não a tinha o nosso Código Civil de 1916. Na opinião de Pontes de Miranda, a conversão não precisava estar prevista em lei, pois “foi resultado da ciência, no analisar as relações jurídicas e *revelar* a regra, induzindo-a. É o produto de atividade sadia como fora de desejar a todas as regras jurídicas”.¹⁵² Consoante cita o autor alagoano, essa construção teve o concurso da doutrina alemã (Savigny, Puchta, Keller, Joseph Unger, Windscheid, Römer, Dernburg, dentre outros), da doutrina francesa (René Japiot) e da italiana (G. Satta), sendo que, na doutrina brasileira, a construção teórica de Pontes de Miranda é digna de nota.

A propósito da evolução histórica da conversão, Del Nero especula que a noção moderna de conversão – ligada à ineficácia dos negócios, em sua terminologia – “se tenha iniciado com algum autor medieval, menos conhecido, e terminado com os autores alemães dos séculos XVIII e XIX”.¹⁵³ Convém asseverar, por outro lado, que o tema da conversão não foi estranho aos romanos, em que pese não se lhes possa atribuir a construção conceitual e a delimitação jurídica desse instituto.¹⁵⁴

Em nosso plano de exame do instituto, para que possamos interpretar adequadamente o art.170 do Código Civil de 2002, é imprescindível passarmos por três momentos que sedimentam as bases teóricas de compreensão do instituto, a saber: (i) a investigação sobre a conceituação e natureza da conversão; (ii) a análise de seus fundamentos; e (iii) o exame das espécies de conversão.

perseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade”.

¹⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo LVI, § 5783.

¹⁵³ DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar: 2001, p.104.

¹⁵⁴ DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.173. Sobre a evolução histórica do instituto, v. SOARES, Teresa Luso. A conversão do negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1986, p.25-30; TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. Conversão de negócio jurídico: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.41-60; DEL NERO, J.A.S. Obra citada, p.97-222.

3.1 CONCEITUAÇÃO

O termo “conversão” enseja múltiplos significados; porém, estes se referem, ainda que de forma genérica, à ideia de “mudança” ou “transformação”.¹⁵⁵ Em sentido técnico-jurídico, veremos que a conversão do negócio jurídico¹⁵⁶ - como do ato jurídico em geral – traz imantada esta noção de transformação. Para Pontes de Miranda, a definição do que seja a conversão do negócio jurídico se dá nos seguintes termos: “é o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão da sua nulidade, ou anulabilidade, para outro negócio jurídico, ao qual é suficiente”.¹⁵⁷ Converter, assim, é “pôr noutra figura jurídica o que não poderia encher, validamente, a figura jurídica pretendida”.¹⁵⁸

O conceito apresentado acima pressupõe: (i) a existência de um mesmo complexo de elementos fáticos; (ii) a possibilidade de composição de dois ou mais suportes fáticos sobre os quais incidem, pelo menos, duas regras diferentes; (iii) que dessa dupla incidência componham-se, suficientemente, (a) um suporte fático deficitário de negócio jurídico (= nulo ou anulável) e, ao menos, (b) um suporte fático válido (=não-deficitário) de negócio jurídico, devendo-se preferir a este negócio (b).¹⁵⁹ Esse esquema lógico da conversão insere-se no *princípio da convertibilidade*, segundo o qual “na determinação das categorias, se atende ao mínimo suficiente e, na interpretação da vontade negocial, se lhe salva o máximo possível”.¹⁶⁰ Na

¹⁵⁵ DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.97. A palavra converter tem cinco acepções: a) “fazer mudar ou mudar de crença religiosa (ou de opinião, costumes etc)”; b) “fazer mudar de direção, virar, voltar”; c) “trocar comutar” (e.g., converter uma pena em outra mais branda); d) “encestar”. Do ponto de vista etimológico, a palavra “converter” provém do latim *converto*, *convertis*, *conversi*, *conversum* e *convertere*, com o sentido de “virar, transformar” (HOAISS, Antonio. Dicionário eletrônico da língua portuguesa, versão monousuário 3.0, 2009).

¹⁵⁶ Optamos por referir à conversão do negócio jurídico, porque este trabalho não tem como enfoque os atos jurídicos *stricto sensu*. Contudo, é importante ressaltar que a conversão é do ato jurídico, de modo que, não obstante se relacione, ordinariamente, ao negócio jurídico, também pode dar-se em relação ao ato jurídico *stricto sensu* e a atos das autoridades públicas. Nesse sentido, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo IV, p.64.

¹⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p.63.

¹⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p.64.

¹⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.62.

¹⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.62.

conversão, pois, não basta a suficiência e validade de um dos suportes fáticos de negócio jurídico (pressuposto objetivo); deve também concorrer um pressuposto subjetivo, qual seja aquele que salva o máximo de vontade, tomando em conta o que o figurante ou os figurantes do negócio tinham manifestado, se houvessem conhecido a sorte do resto do que queriam. Retomaremos a análise dos fundamentos objetivo e subjetivo da conversão no próximo tópico.

Marcos Bernardes de Mello assevera que a conversão do ato jurídico constitui uma das aplicações do princípio da conservação e consiste “no expediente técnico de aproveitar-se como outro negócio jurídico válido aquele inválido, nulo, para o fim a que foi realizado”.¹⁶¹

Para Teresa Luso Soares, a conversão é “o meio jurídico em virtude do qual, verificados certos requisitos, se transforma noutro um negócio jurídico inválido, para salvaguardar, na medida do possível, o resultado prático que as partes visavam alcançar com aquele”.¹⁶² Para a autora lusitana, é essencial na conversão a ideia de substituição de um negócio jurídico, considerando a invalidade deste e o objetivo de “proteger e manter a relevância jurídica da declaração de vontade que lhe deu origem”, sendo que se trata, no fundo, “de uma aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico”.¹⁶³

Na doutrina espanhola, Federico de Castro y Bravo sustenta ser a conversão o “remédio para evitar a nulidade daquele negócio que seria considerado nulo, tal como aparece conformado pelos declarantes, e ter-se em conta que resultará válido, ao considerá-lo conforme um outro tipo de negócio jurídico”.¹⁶⁴

Na doutrina italiana, Emilio Betti aduz que a conversão do negócio jurídico “consiste numa correção da qualificação jurídica do negócio ou de alguns de seus

¹⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.257.

¹⁶² SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.13. Também na doutrina portuguesa, cf. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p.639; FERNANDES, Luis A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos*. São Paulo: Livraria académica Saraiva e Cia, 1939, p.229; CORREIA, Eduardo. *A conversão dos negócios jurídicos ineficazes*. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v.XXIV, p.366-367, 1948, p.360-389.

¹⁶³ SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.14-15.

¹⁶⁴ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: editorial civitas S.A, 1985, p.486.

elementos”.¹⁶⁵ Trata-se, para o professor da Universidade de Roma, de uma “valoração como negócio de tipo diverso daquele que, na realidade, foi celebrado ou, em todo caso, num tratamento diferente daquele que, *prima facie*, se apresentava como mais óbvio”.¹⁶⁶

Na mesma linha de Betti, Junqueira de Azevedo entende que a conversão “é esse fenômeno pelo qual um negócio que, dentro do tipo em que foi concebido, é nulo ou anulável ou ineficaz, por um artifício da lei ou do intérprete, vale como negócio de tipo diverso”.¹⁶⁷ Com relação a esta definição, parece, em nosso sentir, que ela apresenta dois inconvenientes: (i) invoca a conversão do negócio para as hipóteses de ineficácia do negócio¹⁶⁸; e (ii) admite a existência de conversão legal. Quanto ao segundo ponto de divergência (ii), este será tratado, de forma mais apropriada, quando examinarmos as espécies de conversão.

Quanto ao primeiro ponto, porém, cumpre consignar que a conversão supõe nulidade ou anulabilidade, somente. Não se há de cogitar de conversão no caso de negócios jurídicos ineficazes total ou parcialmente.¹⁶⁹ Conforme já anotamos¹⁷⁰, ineficácia e invalidade são inconfundíveis e não existe relação necessária entre ambas, já que o ato jurídico inválido pode sempre ter produzido efeitos, como ocorre na anulabilidade, mas também produzi-los excepcionalmente, o que se passa na nulidade (e.g., casamento putativo).¹⁷¹ O que pode se dar, no que concerne à

¹⁶⁵ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN editora, vol.3, 2003, p.56-57.

¹⁶⁶ BETTI, Emilio. *Idem*, *ibidem*.

¹⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Obra citada*, p.17.

¹⁶⁸ Incorreram no mesmo equívoco, dentre outros: BETTI, Emilio. *Obra citada*, p.56-57; SOARES, Teresa Luso. *Obra citada*, p.13; MOZOS, José Luiz de los. *La conversión Del negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1959, p.128.

¹⁶⁹ A propósito, escreve Pontes de Miranda: “Juristas mal informados sobre a história e a dogmática do instituto chegam a definir a conversão como se tivesse por fito dar eficácia ao negócio jurídico, trocando-o por outro, eficaz; mas esse erro, de que ainda falaremos, há de ser repellido (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Obra citada*, tomo IV, p.66). No mesmo sentido: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.258; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo Alla teoria Del negozio giuridico*. 2.ed. Napoli: Jovene, 1969, p.404.

¹⁷⁰ Ver, *supra* capítulo 1^a, item “1.3”.

¹⁷¹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia - 1^a parte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.62-63.

ineficácia, é o fenômeno da pós-eficacização¹⁷², pelo qual “o ato ineficaz pode tornar-se eficaz em decorrência de fato jurídico posterior”.¹⁷³ Exemplo desse fenômeno está na alienação por *non domino*, que se trata de espécie de ineficácia em relação ao proprietário, pois a aquisição da propriedade pelo alienante posteriormente à venda torna eficaz a alienação, consoante se depreende da leitura dos arts. 1.268, §1º, 1.361, §3º e 1.420, §1º, do Código Civil.¹⁷⁴

Convém mencionar, por oportuno, que Betti¹⁷⁵, ao se referir à conversão do negócio jurídico ineficaz, exemplifica com o art. 1.059¹⁷⁶ do Código Civil italiano, que dispõe sobre a concessão de servidão feita por um dos condôminos independentemente dos outros. Diz o jurista italiano que, embora essa concessão não tenha o efeito real de implantar a servidão sobre o prédio comum, a não ser com o concurso posterior dos outros condôminos, “tem, no entanto, ainda que provisoriamente, o efeito obrigatório de vincular o concedente e seus sucessores a não criar embaraços ao exercício do direito concedido”.¹⁷⁷ Contudo, não é caso de conversão; é caso de pós-eficacização, pois o ato de concessão por um dos condôminos, antes da manifestação dos demais, já irradia eficácia parcial (obrigacional, no caso), no sentido de vincular o concedente e seus sucessores a “*non porre impedimento all'esercizio del diritto concesso*”. Naturalmente, a eficácia final e própria do ato de concessão em exame, que é de implantar a servidão sobre o prédio comum, só será irradiada com o concurso dos demais condôminos. Não houve transformação, mudança, conversão. A manifestação dos demais condôminos apenas possibilita que a concessão da servidão feita por um deles irradie toda a sua eficácia final e própria – que é real – e abarque todos os sujeitos a que se refere o

¹⁷² Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.64.

¹⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* -1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.65.

¹⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p.65-66, nota de rodapé n.º112.

¹⁷⁵ Cf. BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN editora, vol.3, 2003, p.63.

¹⁷⁶ Art. 1059: La servitù concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso non è costituita se non quando gli altri l'hanno anch'essi concessa unitamente o separatamente (1108). La concessione, però, fatta da uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga il concedente e i suoi eredi o aventi causa a non porre impedimento all'esercizio del diritto concesso.

¹⁷⁷ BETTI, Emilio. Obra citada, vol.3, 2003, p.63-64.

ato. Mercê dessa circunstância, resta evidente que, **antes da manifestação** dos demais condôminos, existe incompletude do **suporte fático** em exame e, por conseguinte, “déficit eficaz”,¹⁷⁸ porquanto a **eficácia real prometida** fica a depender da manifestação dos demais condôminos, **em função da complexidade** subjetiva do negócio.

Como se pôde verificar pelo **diálogo com as diversas perspectivas** conceituais, as definições de conversão do negócio não apresentam grandes divergências, ressalvada a questão da ineficácia e da conversão legal (examinada adiante), o que nos inclina a preferir ao conceito apresentado por Pontes de Miranda, já que se mostra escoimado dos aludidos inconvenientes teóricos.

O exame dos conceitos de conversão situam-se sob a égide da ontologia, isto é, busca-se o estudo do “ser”, da “essência” do instituto da conversão. Impõe-se, agora, para complementar esse estudo, investigar qual a sua natureza jurídica, a partir do que se poderá compreender como funciona a operação convertedora.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Não existe controvérsia substancial no que tange à natureza da conversão, nada obstante a diferença de terminologia empregada pelos autores.¹⁷⁹ A doutrina é unânime em afirmar que a conversão do negócio jurídico se trata de uma das modalidades da **valoração ou qualificação jurídica** do ato negocial.¹⁸⁰ Isso significa

¹⁷⁸ A expressão é de PONTES DE MIRANDA (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.46).

¹⁷⁹ A propósito, escreve Del Nero: “... por hipótese, o instituto é o mesmo – empregam termos como manutenção, modificação, transformação, substituição, conservação, aproveitamento e outros, que se repetem à exaustão, embora vários deles sejam antitéticos e, até mesmo, antônimos. De que se trata, enfim, a conversão do negócio jurídico?” (DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.328)

¹⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, vol.3, t.1, 2008, p.543; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.67, nota n.º92; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A conversão dos negócios jurídicos*: seu interesse teórico e prático. Revista dos Tribunais, ano 63, v.468, p.18, 1974; SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.75; BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN editora, vol.3, 2003, p.56-57; SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.21; DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.335.

que a conversão acarreta uma nova qualificação categorial; importa em valorar ou caracterizar o negócio como um tipo de negócio distinto daquele que foi efetivamente realizado pelas partes.¹⁸¹Essa noção se aplica à chamada conversão propriamente dita, que seria a conversão substancial, uma vez que nesta se dá mudança de tipo do negócio, alteração da qualificação categorial.¹⁸²

Pontes de Miranda não diverge do entendimento esposado pela doutrina majoritária. Porém, não se refere à valoração ou qualificação da categoria negocial, senão que a um “processo de interpretação e classificação dos atos jurídicos”.¹⁸³Em outra passagem, o autor assevera que “a conversão é operação de aplicação da lei que incidiu, e não operação de escolha entre negócios jurídicos”.¹⁸⁴

Para o mestre alagoano, a conversão não tem natureza constitutiva, senão declarativa.¹⁸⁵ Seria constitutiva se a conversão consistisse em tornar válido um negócio jurídico inválido por troca de categoria, isto é, “o negócio jurídico foi A, e troca-se por outro, B, como correção judicial da qualificação jurídica do negócio”.¹⁸⁶A conversão então não é entre negócios jurídicos; não se trata de um exame posterior à entrada dos suportes fáticos no mundo jurídico.

Com efeito, a operação convertedora é **declarativa**, no sentido de que “só se declara que o suporte fático comporta duas ou mais incidências de regras jurídicas...uma das quais, pelo menos, levaria consigo nulidade e anulabilidade”, elucida o autor do tratado de direito privado, “e de que uma, pelo menos, das categorias possíveis seria normal (=válida)”.¹⁸⁷A natureza declarativa da conversão implica que esta se dá entre suportes fáticos, entre negócios antes da juridicização.

¹⁸¹ SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.75.

¹⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, p.18.

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.69.

¹⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, tomo IV, p.65.

¹⁸⁵ Entendendo pela existência de natureza dúlice (declaratória e constitutiva), veja-se: SILLER, Robert. Die Konversion (§ 140 BGB). Archiv für die civilistische Praxis, vol. 18, Tübingen, 1934, p.144-148; BODDA, Piero. La conversion degli atti amministrativi illegitimi. Milano, 1935, §18, p.97-99. Apud: DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar: 2001, p.334.

¹⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, tomo IV, p.67.

¹⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.67.

Portanto, na visão ponteana, a conversão não é troca de categorias para se corrigir a qualificação jurídica do negócio, mas sim a declaração de que dado complexo de elementos fáticos é suficiente à incidência da regra referente ao negócio A e à referente ao negócio B; sendo suficiente o suporte fático A, porém, deficitário, do que resultaria negócio inválido, há de se entender que incidiu a regra B, cuja consequência seria a constituição válida do negócio.

Comungando da terminologia de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello explica que, na conversão, interpreta-se o suporte fático e a vontade hipotética dos figurantes, classificando-se “o ato jurídico em outra categoria jurídica, em relação à qual não haveria deficiência invalidante, abandonando a qualificação que lhe deram, originariamente, os figurantes e para a qual seria inválido”.¹⁸⁸

3.3 FUNDAMENTOS DA CONVERSÃO

Há duas grandes vertentes que procuram, por caminhos diversos, dar fundamento ao instituto da conversão: (a) as **teorias objetivistas da conversão** e (b) as **teorias subjetivistas**.

As teorias objetivistas da conversão do negócio jurídico – cujos partícipes, em regra, são adeptos da teoria preceptiva ou objetiva do negócio¹⁸⁹ - sustentam a “desnecessidade de se indagar se teria havido vontade das partes, dirigida ao segundo negócio jurídico, caso tivessem elas tido ciência da invalidade do primeiro”.¹⁹⁰ Essa vertente teórica constrói os fundamentos da conversão sob uma base exclusivamente objetiva, prescindindo de qualquer referência à vontade das partes seja ela real ou hipotética.

Dessa forma, sem recorrer à vontade dos figurantes no negócio, a vertente objetivista propugna, por um lado, a substituição da vontade das partes pela

¹⁸⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.258.

¹⁸⁹ Ver, *supra* Capítulo 1, item “1.2.2”.

¹⁹⁰ DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.233.

“vontade da lei”¹⁹¹ e, por outro, a modificação da qualificação jurídica do negócio mediante a correção da *facti species* negocial.¹⁹²

Essa orientação objetivista, porém, não foi acolhida no direito positivo alemão, no italiano, no português e em nosso sistema, na medida em que esses ordenamentos constroem a conversão referindo-se a determinado comportamento volitivo da parte ou das partes. É o que se dá, por exemplo, no art.170 de nosso Código Civil de 2002, pelo qual a conversão só é autorizada “quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o negócio substitutivo teria sido querido por elas, se houvessem previsto a nulidade”.¹⁹³

Os sistemas legislativos mencionados acima recepcionam a vertente subjetivista da conversão – cujos integrantes, em regra, aderem à noção subjetivista do negócio jurídico – que defende a “necessidade de indagar-se – e, obviamente, responder-se afirmativamente - se teria havido vontade das partes, dirigida ao segundo negócio jurídico, caso tivessem elas tido ciência da invalidade do primeiro”.¹⁹⁴ Nessa medida, buscando o fundamento da conversão na vontade das partes, parece natural que esta concepção ensejasse os seguintes questionamentos: qual vontade é esta que deve ser tomada em conta? Seria a vontade real e efetiva do figurante ou dos figurantes ou a vontade hipotética, presumida, construída por meio de interpretação e com base no propósito prático almejado pelas partes? Pretendendo responder a esta indagação, surgiram duas correntes dentro da vertente subjetivista.

A primeira delas, cujo expoente foi o jurista italiano Giuseppe Satta no início do século XX, exigia a correspondência a uma vontade *in subsidium* expressa ou tácita das partes, em virtude da qual os elementos do ato nulo se agrupam na forma de um novo negócio jurídico.¹⁹⁵ Na concepção de Satta, a conversão tinha “como

¹⁹¹ Cf. MOSCO, Luigi. *La conversione Del negozio giuridico*. Napoli, 1947, §26, p.113-116; MOZOS, José Luis de los. *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona, 1959, §9, p.56-58 e §18, p.80-81.

¹⁹² Cf. dentre outros, BETTI, Emilio. Obra citada, vol.3, 2003, p.56-57; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, p.18; SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.75.

¹⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p.548.

¹⁹⁴ DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.232.

¹⁹⁵ SATTA, Giuseppe. *La conversione Nei negozi giuridici*. Milano: soc.ed. Libreria, 1903, p.76-77.

requisito essencial a existência de uma vontade real, ainda que tácita, dirigida ao negócio sucedâneo”.¹⁹⁶

Contudo, essa ideia de conversão fundada na vontade real quanto ao negócio sucedâneo revela duas fragilidades. Em primeiro lugar, se as partes previram a nulidade do negócio, não se está mais perante um fenômeno de conversão, senão de “negócio com vontade alternativa”.¹⁹⁷ Em segunda lugar, caso a nulidade não tivesse sido prevista, não é possível falar em vontade real. Mercê disso, conclui Teresa Luso Soares que “é ilógico exigir uma vontade real das partes, pois se tivessem conhecimento da nulidade abstinham-se de celebrar o negócio jurídico.”¹⁹⁸

Desse modo, parece claro que a conversão, ao contrário do que se poderia concluir tomando por base o pensamento de Satta, supõe que o figurante ou os figurantes do negócio desconheçam a invalidade deste, visto que, “se a conheçam, quiseram o nulo: quem quis o nulo não quis que valesse; se tivessem querido que valesse, teriam querido outro negócio jurídico”, elucida Pontes de Miranda, “querer mais conhecer a nulidade perfazem querer só o nulo, e a conversão está excluída”.¹⁹⁹

A segunda corrente derivada da concepção subjetivista da conversão buscava o seu fundamento na vontade hipotética. Essa é a concepção predominante na doutrina e da jurisprudência de diversos países.²⁰⁰ A doutrina da vontade hipotética vincula-se à solução consagrada no § 140 do Código Civil Alemão (BGB), pois propugna que se deve levar em conta aquilo que as partes teriam querido se tivessem tido ciência da invalidade do negócio celebrado.²⁰¹

¹⁹⁶ SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.41.

¹⁹⁷ SOARES, Teresa Luso. Idem, p.41.

¹⁹⁸ SOARES, Teresa Luso. Idem, p.42.

¹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.66.

²⁰⁰ Cf. DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.230, nota de rodapé n.º15. No Brasil, advogam a teoria da vontade hipotética Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.62-63), Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: forense, 2007, p.235-236) e Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.259)..

²⁰¹ Cf., para uma crítica feita a esta solução legislativa: BETTI, Emilio. Obra citada, vol.3, 2003, p.56-57)

Sustentar que o fundamento subjetivo da conversão do negócio reside na vontade hipotética ou presumida das partes não se confunde com averiguar o que as partes provavelmente quiseram, tampouco se trata de exigir que a vontade das partes se dirigisse ao negócio sucedâneo. Basta que se possa presumir o que teriam querido as partes, caso conhecessem a invalidade, atendendo-se ao fim perseguido por elas. A vontade hipotética não é a vontade real, empírica, porquanto esta consubstanciou um negócio jurídico inválido; refere-se, pois, “aos resultados práticos do ato em que se converte”.²⁰² Longe de ser uma vontade irreal ou inexistente, um artifício puramente subjetivo ou arbitrário, é uma vontade que busca o que razoavelmente teriam querido o figurante ou os figurantes, caso tivessem tido conhecimento da invalidade, tomando em consideração os seguintes elementos: (i) o domínio negocial querido e fixado pelas partes; (ii) as circunstâncias concretas em que um determinado negócio jurídico se celebrou; e (iii) as finalidades práticas que o motivaram.²⁰³

Mercê disso é que não é possível conversão quando, interpretando-se o suporte fático e vontade hipotética dos figurantes, conclui-se que estes não queriam o ato em que se converte o negócio inválido, caso contrário o juiz ou o intérprete estariam substituindo a vontade dos figurantes, modificando o elemento volitivo do suporte fático, hipótese na qual deixaria de existir conversão *vera e própria*, para constituir-se um novo negócio, como bem anota Marcos Bernardes de Mello.²⁰⁴

As teorias objetivistas da conversão abstraem de todo conteúdo volitivo; a primeira corrente das teorias subjetivistas – capitaneada por Satta – exige que a vontade real e concreta dos figurantes tenha se dirigido ao negócio resultante da conversão; e a teoria da vontade hipotética rejeita as posturas extremistas de uma e de outra, propugnando pela abstração de parcela da vontade manifestada, “naquilo em que se quis o negócio jurídico nulo”.²⁰⁵ Assim, nas palavras de Pontes de

²⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.259.

²⁰³ SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.46.

²⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.259.

²⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.62.

Miranda, “a conversão só se refere ao elemento volitivo do suporte fático, atingido pela nulidade”.²⁰⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da vontade hipotética assume lugar de destaque, na medida em que foi acolhida pelo legislador pátrio no art.170 do Código Civil de 2002. Este enunciado legal não determina o afastamento de qualquer vontade para a configuração da conversão. Tampouco se refere à vontade interna dos figurantes. Com efeito, ele manda que se atente para o fim visado pelas partes, razão pela qual se evidencia que “o princípio da vontade hipotética foi objetivado pelo legislador”.²⁰⁷

A par de se buscar, para a operação convertedora, atender à vontade hipotética dos figurantes, é unânime na doutrina que a conversão do negócio jurídico também tem como fundamento o princípio da conservação,²⁰⁸ sobre o qual já discorreremos.²⁰⁹

Apreciados os fundamentos da conversão, resta um último passo antes o art.170 do Código Civil de 2002, que é tratar das espécies de conversão.

3.4 ESPÉCIES DE CONVERSÃO

O fenômeno da conversão pode apresentar-se, de acordo com a doutrina, de três formas diversas: (i) **conversão substancial**; (ii) **conversão formal**; e (iii) **conversão legal**. Apresentaremos a noção de cada qual, acompanhada de exemplos, para depois examinarmos a pertinência dessas espécies com o conceito de conversão.

²⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p.62.

²⁰⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: forense, 2007, p.236.

²⁰⁸ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.259; Antônio Junqueira de. *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, p.17; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p.67; DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.349; SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.15; SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.75.

²⁰⁹ Ver, *infra* capítulo 1, item “1.3”.

(i) Diz-se substancial a conversão que se refere ao conteúdo do ato em si, à sua qualificação categorial, porquanto esta espécie de conversão pressupõe a ocorrência de “modificação qualitativa em relação à categoria do ato jurídico inválido”,²¹⁰ razão pela qual, permanecendo o ato jurídico com a mesma categoria jurídica, não há que se falar de conversão.

Na conversão substancial – também chamada de material – há uma transformação do negócio jurídico, pois “o negócio inválido se converte num negócio de tipo ou conteúdo diferente do qual contenha os requisitos substanciais e formais, quando seja de admitir que as partes o teriam querido caso soubessem da invalidade”.²¹¹

São exemplos de conversão substancial: a) negócio jurídico de compra-e-venda que seria nulo por haver sido feito por instrumento particular (CC, art.108) se converte em promessa de compra-e-venda; b) a constituição de sociedade que seria nula para o fim específico por falta de solenidade essencial, que se converte em outro tipo de sociedade para cuja constituição tal solenidade não seria exigível; c) título de crédito que seria nulo por falta de elementos essenciais que se converte em confissão de dívida;²¹² d) a transmissão que não valeria como transmissão de patrimônio converte-se em transmissão particular;²¹³ e) a constituição de penhor que seria nula por defeito de forma converte-se em contrato de constituição de direito de retenção;²¹⁴ f) a transferência irregular de um título à ordem pode valer como uma cessão de crédito;²¹⁵ g) se é nula a constituição de usufruto, pode ser que valha a cessão do direito ao exercício dele.²¹⁶

²¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.260. Ver, também: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p.67.

²¹¹ SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.21.

²¹² Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.260.

²¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.67; DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.423.

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.67; DEL NERO, João Alberto Schützer, Obra citada, p.423-424.

²¹⁵ SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.76.

²¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.67.

(ii) Há conversão formal quando um “negócio, capaz de assumir várias formas, sendo inválido em uma delas, é mantido válido sob outra, diversa daquela como foi realizado”.²¹⁷Essa espécie de conversão pressupõe que dada categoria jurídica possa se concretizar por várias espécies que têm o mesmo conteúdo e natureza, mas que são formalmente diferentes. É o caso do testamento, em que há várias formas (testamento público, ológrafo, cerrado, militar, etc.), cuja categoria jurídica, porém, é a mesma.²¹⁸É imperioso observar que, na conversão formal, o negócio continua o mesmo, mas a forma é outra, cujos requisitos são menos severos.

São exemplos de conversão formal: a) testamento cerrado nulo que se converte em testamento particular;²¹⁹ b) contrato de locação ou de compra-e-venda de bem móvel, contratada por escritura pública eivada de nulidade, subsiste como locação ou contrato de compra-e-venda por escrito particular;²²⁰ c) ter-se como testamento ológrafo testamento cerrado a que falta algum elemento a ele essencial, mas dispensável em relação ao outro.²²¹

(iii) Conforme explica Marcos Bernardes de Mello, fala-se em conversão legal “quando as leis em geral, por motivos de tráfico social, algumas vezes determinam que certos atos praticados com um certo sentido sejam aproveitados em outro, se lhes falta algum elemento essencial”.²²²Sob esta perspectiva, vê-se que, na conversão dita legal, é a lei que “atribui a um negócio jurídico nulo, através de uma norma inderrogável, os efeitos de um outro negócio do mesmo gênero e de objecto mais restrito”.²²³

Costuma-se mencionar, na doutrina, os seguintes exemplos de conversão legal: a) art.46 da lei n. 2.044, de 1908, sobre títulos cambiais; b) o art. 431 do Código Civil; c) no código civil português, art.946º, n.2 e art.2.251º, n.2; d) art.515 do

²¹⁷ SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.75.

²¹⁸ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.260.

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.70.

²²⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p.545.

²²¹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.260.

²²² MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.261.

²²³ SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.21.

código de Comércio do Chile; e) a instituição de fideicomisso, em que, sendo nula a indicação do fiduciário, é convertida em substituição vulgar (CC, art.160).

Apresentadas as espécies de conversão normalmente ventiladas na doutrina, não podemos nos furtar de examinar-lhes a pertinência com o conceito de conversão.

No que diz respeito à conversão substancial, a doutrina, de forma quase unânime, sustenta que esta espécie traduz a conversão propriamente dita,²²⁴ tendo em vista que a essência da conversão reside na transformação, na mudança da qualificação categorial originariamente cogitada pelas partes, a qual daria lugar a negócio inválido, para constituir, com os elementos do suporte fático originário e presente a vontade hipotética dos figurantes, negócio jurídico válido. Sem dúvidas, somente a conversão substancial ou material corresponde a essa configuração.

Isso implica dizer, em nosso sentir, que as demais espécies arroladas acima – formal e legal -, mantida a coerência com a noção de conversão que vimos adotando, devem ser afastadas do conceito de conversão, senão vejamos.

Quanto à conversão formal, é pacífica a recusa doutrinária em admiti-la como conversão propriamente dita, visto que ela consubstancia um aproveitamento do ato dentro da própria categoria jurídica, apenas com mudança de forma. A atribuição, pelo juiz ou pelo intérprete, de uma nova qualificação ao ato jurídico é a característica irremovível da conversão. Sendo assim, justifica-se que não se pode confundir a mera “conversão formal” com as espécies em que há conversão de ato jurídico nulo por defeito de forma em outro ato que seja aformal, ou ao qual a forma realizada seja bastante²²⁵ (e.g., conversão da nota promissória nula em confissão de dívida), já que, nesse último caso, “há nova qualificação do ato jurídico, com aproveitamento de elementos fáticos e intencionais comuns às duas categorias”.²²⁶

²²⁴ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.260-261; Antônio Junqueira de. *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*, p.18; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p.67; SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.21; SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.75; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p.545; GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: forense, 2007, p.235-235; BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Campinas: LZN editora, vol.1, 2003, p.64-65; CATRO Y BRAVO, Federico de. Obra citada, p.487. Em sentido contrário, admitindo a conversão formal, ao se referir à conversão do testamento cerrado nulo por defeito de forma em particular, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.70.

²²⁵ SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.76.

²²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.261.

No que diz respeito à conversão legal, todavia, há grande controvérsia doutrinária.

Schmiedel sustenta, a favor da conversão legal, que, embora esta seja determinada por norma imperativa, “desde que se verifique a mudança de um tipo negocial em outro ocorre a conversão”, pois, arremata a autora, “o fato de ela (a conversão legal) decorrer de norma coativa ou dispositiva não descaracteriza o fenômeno em sua substância, que consiste na correção da qualificação do tipo negocial”.²²⁷ A propósito, perfilhando o mesmo posicionamento, Humberto Theodoro Jr. assevera: “Esta distinção entre conversão substancial e conversão legal é, porém, mais acadêmica do que prática, já que, no resultado, ambas conduzem ao mesmo efeito: a mudança do tipo negocial em outro”. Diz ainda que “no ponto principal, portanto, há identidade entre os dois fenômenos (conversão substancial e legal)”.²²⁸

Entretanto, melhor razão assiste a Pontes de Miranda, que rejeita a possibilidade de considerar como conversão propriamente dita a conversão legal, sob o argumento de que, nos casos em que se procura ver conversão legal, existiria, na verdade, mera substituição de um negócio por outro determinada pela lei. Convém transcrever a literalidade de seu pensamento:

Conversão e versão. Em todos os casos acima, é de expediente de técnica legislativa que se cogita; e não de conversão, que é processo de interpretação e classificação dos atos jurídicos. **Quando a lei, sem considerar hipotética vontade dos contraentes, substitui o que eles queriam pelo que a ela pareceu melhor, não converte, — verte:** na conversão, é preciso que se tenham, pelo menos, dois negócios, um dos quais se juridicize, porque o outro é inválido; na substituição, a lei põe o negócio B, em vez do negócio A, ainda que não se possa alegar ou provar qualquer vontade do agente nesse sentido. Não existe, pois, conversão legal. (Grifou-se)²²⁹

Subscrevemos tal entendimento porque, em primeiro lugar, o fundamento da conversão assenta-se na vontade hipotética ou presumida das partes quanto aos resultados práticos do ato jurídico que realizaram. A conversão legal, sendo norma

²²⁷ SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p. 78.

²²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 547.

²²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p. 69.

imperativa, desconsidera esse fundamento.²³⁰ Isso demonstra o desacerto da opinião que vê identidade de fenômenos entre a conversão substancial e a legal, pois, em que pese os partidários da conversão legal apontarem que o efeito desta seria o mesmo da conversão substancial, o fundamento da conversão substancial é outro, que leva em consideração a vontade hipotética dos figurantes, seja para admitir a conversão, seja para concluir ser esta incabível em dado caso concreto. Em segundo lugar, merece acolhimento o pensamento ponteano, porquanto a conversão, essencialmente, traz a noção de transformação, de mudança e a conversão legal, “apanhando o suporte fático tal qual se formou, deficientemente, lhe atribui uma categoria jurídica própria que pode, até, não ter sido querida pelos figurantes”.²³¹ Com razão, pois, o mestre alagoano, porque a conversão legal substitui apenas, “verte”, não converte, afastando-se do fundamento da vontade presumida ou hipotética das partes.

Nessa medida, cumpre examinar alguns dos exemplos de conversão legal dados acima, especificamente aqueles concernentes ao nosso sistema jurídico, a saber: a) art.46²³² da lei n. 2.044, de 1908, sobre títulos cambiais (“Aquele que assina a declaração cambial, como mandatário ou representante legal de outrem, sem estar devidamente autorizado, fica, por ela, pessoalmente obrigado”); b) o art. 431 do Código Civil (“A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”); c) a instituição de fideicomisso, em que, sendo nula a indicação do fiduciário, é convertida em substituição vulgar (CC, art.1.960: “A nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutório”).

a) Nesta hipótese, não há uma declaração nula, mas sim um título que é ineficaz em relação ao mandante ou representado que não autorizou a emissão da declaração cambial. Tanto é caso de ineficácia que, se aquele em nome de quem foi

²³⁰ Nesse sentido: FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d., p.381; MOZOS, José Luiz de los. *La conversión Del negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1959, p.136; SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.22-23.

²³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.262.

²³² Este dispositivo tem equivalente no art.8º da lei uniforme de Genebra em matéria de letras de câmbio e notas promissórias, promulgada pelo Decreto nº 57.663, de 24-1-1966: “Todo aquele que apuser a sua assinatura numa letra, como representante de uma pessoa, para representar a qual não tinha de fato poderes, fica obrigado em virtude da letra e, se a pagar, tem os mesmos direitos que o preenchido representado. A mesma regra se aplica ao representante que tenha excedido os seus poderes”.

feita a declaração cambial a ratifica, completa-se o suporte fático e não terá incidência o art.46. Como observa Marcos Bernardes de Mello, nesse caso, “não se converte um ato em outro, mas define-se a eficácia do ato incompleto”,²³³ que é de vincular pessoalmente o emitente sem poderes, em vez de constituir emissão de declaração cambial pelo mandante ou representado.

b) O art.413 do Código Civil também não consubstancia hipótese de conversão, vez que “a hipótese descrita no artigo é de contraproposta, nunca de aceitação”, além do que “não há nulidade alguma em alguém manifestar sua aceitação de uma proposta fora do prazo ou alterando-a em termos”.²³⁴ O que se poderia divisar nesse enunciado legal é a ineficácia da aceitação e, *ipso facto*, a não constituição do negócio jurídico bilateral, mas não a conversão da aceitação intempestiva em nova proposta. Como já expusemos, o conceito de conversão apenas tem pertinência para o plano da validade, abrangendo atos jurídicos nulos ou anuláveis, restando excluído do conceito de conversão qualquer alusão a ineficácia.²³⁵

c) Por fim, tem-se a hipótese segundo a qual a instituição de fideicomisso, em que, sendo nula a indicação do fiduciário, é convertida em substituição vulgar (CC, art.1.960).

Diz-se fideicomissária a substituição quando “o testador (fideicomitente) transmite a propriedade resolúvel da coisa a um primeiro beneficiário (fiduciário), com a obrigação de que esse a transfira para um segundo beneficiado (fideicomissário)”.²³⁶ Por sua vez, denomina-se vulgar a substituição “quando o substituído é chamado para assumir a posição do nomeado anterior... constitui-se numa simples troca de titulares, condicionada ao primeiro herdeiro instituído ou legatário não assumir sua condição na herança”.²³⁷

²³³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.263. Cf., também, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.68-69.

²³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.263.

²³⁵ Ver, *supra*, item “2.1” deste capítulo.

²³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p.269-270.

²³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p.268.

Para refutarmos a afirmação de que a hipótese retratada no art.1.960 do Código Civil de 2002 é de conversão legal, bastaria reiterar o fundamento de que a lei de per se não converte nada, porque a conversão não pode prescindir do exame relativo à vontade presumida ou hipotética dos figurantes quanto aos efeitos práticos do negócio. Todavia, ainda que se admitisse a existência de conversão legal em geral, dizer que tal hipótese normativa do art.1.960 é caso de conversão legal revela má compreensão da regra codificada.

Consoante explica Eduardo de Oliveira Leite, o fideicomisso admite dois herdeiros: “um de primeiro grau, que é o instituído, com o encargo de entregar a herança à pessoa designada no testamento – o fiduciário – e outro, do segundo grau, que é a pessoa indicada no testamento para receber a herança - fideicomissário”.²³⁸

A leitura dos arts.1.959 e 1.960, provenientes do código de 1916 e mantidos no atual, demonstra que o sistema assumido pelo código já em 1916 foi de permitir os fideicomissos até o segundo grau de instituição, equivalente ao primeiro grau da substituição, de tal maneira que “não vale a disposição por meio da qual o testador determina a que o fideicomissário entregue a terceiro o que receber do fiduciário”.²³⁹

Um exemplo facilita a compreensão: se o testador dispõe que seus bens revertam a fulano e, por morte deste, a Beltrano, temos uma substituição fideicomissária em grau perfeitamente válido. Se, porém, o testador dispuser que os bens, à morte de Beltrano, revertam a Ciclano, teríamos um segundo grau na substituição proibido pela ordem sucessória nacional.

A nulidade do fideicomisso em segundo grau não atinge o primeiro fideicomissário designado. É exatamente a essa hipótese a que se refere o art.1.960 quando utiliza a infeliz expressão “substituição ilegal”. Confirma isso o próprio redator do projeto do Código de 1916, Clóvis Bevilacqua, que, como observa Pontes de Miranda,²⁴⁰ copiou – muito mal, é verdade – o art.786 do Código Civil espanhol. Da forma como está redigida a regra, existe a impressão de que ela só se aplicaria

²³⁸ LEITE, E. de O. *Comentários ao novo Código Civil: direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: forense, vol. XXI, 2005, p.627.

²³⁹ LEITE, E. de O. *Idem*, p.628.

²⁴⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo LVIII, § 5.839.

nos casos de nulidade do próprio fideicomisso permitido e não é essa a interpretação que deve prevalecer, porque seria *contra legem*.

Quando se diz que a instituição para além do segundo grau – ilegal- é inválida, não se está convertendo a substituição fideicomissária em vulgar, apenas sancionando com a invalidade a cláusula que dispõe sobre a instituição proibida. Não há substituição vulgar com a nulidade desta cláusula, porque permanece válida a cláusula concernente à substituição fiduciária. Na ótica de Pontes de Miranda, não seria caso de conversão, mas, sim, de simples aplicação do princípio *utile per inutile non vitiatur*, pois cancelou-se o nulo e se salvou o que é útil, ao passo que, na conversão, não é parte de um ato ferido que se resguarda, senão todo um outro ato.²⁴¹

Ademais, em caso de nulidade da instituição permitida – primeiro fiduciário -, não há prejuízo à instituição do fideicomissário. Nessa hipótese, talvez se pudesse cogitar de conversão, mas não em virtude do comando legal isolado; seria necessário que das cláusulas testamentárias se pudesse inferir que a substituição vulgar teria sido a escolhida pelo testador, se soubesse da nulidade da cláusula de instituição do fiduciário (Código Civil, art. 170).

Posto isso, é de concluir que o conceito de conversão do negócio jurídico apenas abrange a chamada conversão substancial, nela incluída a conversão de ato jurídico nulo por defeito de forma em outro ato que seja aformal ou ao qual a forma realizada seja bastante. Restam afastadas do conceito a conversão meramente formal e a conversão legal.

O caminho teórico perlustrado até agora, em que se procurou definir a conversão, analisar-lhe a natureza, os fundamentos e as espécies, nos fornece subsídios para versar sobre o sentido e o alcance do texto legislativo pertinente à conversão do negócio jurídico, introduzido na codificação de 2002.

²⁴¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo LVI, § 5.783.

3.5 A POSITIVAÇÃO DO INSTITUTO NO NOVO CÓDIGO CIVIL (ART.170)

Visivelmente influenciado pelo que consta do § 140 do BGB e do art.1.424 do Código Civil italiano, o art.170 do Código Civil trouxe ao contexto legislativo nacional o instituto da conversão, suprimindo a omissão do legislador de 1916. Eis o teor do enunciado: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

A leitura do enunciado nos permite asseverar que o suporte fático do art.170, para compor-se de forma suficiente e ingressar no mundo jurídico (= plano da existência), demanda a concreção, no plano fático, de pressupostos objetivos e subjetivos.

Afiguram-se como pressupostos objetivos da conversão do negócio jurídico a (i) suficiência do suporte fático e (ii) a invalidade do ato que se converte.²⁴²

(i) É essencial que o suporte fático do ato resultante da conversão esteja suficientemente concretizado no ato inválido. O expediente da conversão supõe o aproveitamento dos elementos fáticos que dariam entrada no mundo jurídico a suporte fático deficitário (= nulo ou anulável) de negócio jurídico – ou de ato jurídico *stricto sensu* -, para a configuração de ato válido. Daí seque-se que, do ponto de vista lógico, o suporte fático do ato inválido deve atender “a mais de um negócio jurídico, pelos menos aos dois a que se refere a conversão”.²⁴³ Isso revela, como já observamos, que a natureza da conversão não constitutiva; com ela não se cria suporte fático novo de ato jurídico, apenas se aproveita o já existente, tendo em vista a vontade hipotética ou presumida dos figurantes.

A propósito desse pressuposto da suficiência do suporte fático, tal noção sói aparecer na doutrina, principalmente estrangeira, com a denominação de “requisitos de substância e de forma”, porque se considera que, “para se realizar a conversão, é

²⁴² Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.257-258; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.63; BETTI, Emilio. Obra citada, vol.1, p.57.

²⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.257; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.62.

necessário...que o negócio jurídico inválido contenha os **requisitos** essenciais de substância e de forma daquele em que se converte”.²⁴⁴

Del Nero se refere ao pressuposto da **suficiência como requisito** objetivo, que diz respeito à possibilidade de subsumir-se o **negócio jurídico em outro** modelo jurídico-negocial existente no sistema.²⁴⁵

Convém notar que o preceito legal contido no art.170, 1ª parte, **alude** a “requisitos de outro” negócio jurídico. Por certo, essa expressão abrange tanto os pressupostos objetivos (requisitos objetivos) quanto os subjetivos (requisitos subjetivos) da conversão (art.170, 2ª parte).

Atendo-se aos pressupostos objetivos, por ora, é oportuno mencionar o teor do enunciado 13 da I jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “o aspecto objetivo da conversão requer a existência do suporte fático no negócio jurídico a converter-se”.²⁴⁶ O texto foi formulado, salvo melhor juízo, de forma elíptica. A qual suporte fático se refere o enunciado? Em nosso sentir, teria maior rigor técnico-jurídico dizer que o aspecto objetivo da conversão requer a existência de **suporte fático suficiente** e **não-deficiente** no negócio jurídico a converter-se.

(ii) Além da suficiência do suporte fático, evidencia-se como pressuposto objetivo da conversão a invalidade do ato que se converte. Se nenhum ato se produziu, isto é, se a manifestação de vontade sequer entrou no mundo jurídico (caso de inexistência), não há que se cogitar de conversão, porquanto esta pressupõe que tenha existido ato jurídico, embora seja nulo ou anulável, e que se possa ter como produzido a partir deste outro ato, que seja válido.²⁴⁷ Para exprimir o raciocínio do qual parte a técnica da conversão, Pontes de Miranda, com o brilhantismo habitual, utiliza uma imagem marcante. Diz ele que “o nulo é como a criança que nasceu viva sem poder, em situação normal, viver; não como a criança

²⁴⁴ SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.51.

²⁴⁵ DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.375. Cf., também, SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.81.

²⁴⁶ Jornadas de direito civil I, II, III e IV: enunciados aprovados. Organização do Ministro Ruy Rosado e Aguiar. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, p.18.

²⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.63.

que veio à luz já morta”, e conclui: “por isso mesmo, é possível pensar-se em que viva em outra situação artificial ou excepcional”.²⁴⁸

No decorrer desse trabalho, temos insistido na posição de que não se pode invocar o instituto da conversão para o caso da ineficácia, tampouco se pode confundir os planos da validade e o da eficácia. Conforme afirma Marcos Bernardes de Mello, “ não se eficaciza ato jurídico ineficaz por meio de conversão”, “porque não se tiram efeitos do ato inválido que sofreu a conversão, mas produzem-se os efeitos próprios do ato em que aquele foi convertido”.²⁴⁹ Na hipótese de eficácia, o que pode ocorrer é pós-eficacização, não conversão. Para evitar uma fastidiosa tautologia, acerca do não cabimento de conversão para os atos ineficazes, remetemos o leitor ao primeiro item do presente capítulo, no qual tratamos do conceito de conversão e minudenciamos a análise sobre a ineficácia. De qualquer sorte, o dispositivo legal em exame nada diz sobre a ineficácia, com razão.

Muito embora o art.170, 1ª parte, refira-se a “negócio nulo”, nem todo o negócio nulo pode sujeitar-se a ela, nem só o nulo pode ser convertido (também o pode o negócio anulável). Na hipótese de ser irremovível a nulidade, como nos casos de ilicitude, imoralidade ou impossibilidade do objeto, não se poderá fazer a conversão. Resta, portanto, a possibilidade de conversão do negócio jurídico eivado de nulidade por conta de incapacidade do agente ou de forma.²⁵⁰

Não só de nulidade vive a conversão, aliás. Concordamos com o posicionamento que admite a conversão de negócios jurídicos anuláveis. Em sentido contrário, diz-se que não haveria sentido em se falar de conversão se o ato anulável, sendo passível de ratificação, pode ter a invalidade sanada. Respondendo a esta objeção, diz o ilustre professor da Universidade Federal de Alagoas: “há hipóteses em que não é possível a ratificação por parte do próprio figurante do negócio (casos de incapacidade relativa)”, e conclui, “nessas situações, se pela conversão de pode fazer desaparecer a anulabilidade com o negócio em que se converte, parece-nos admissível a conversão do negócio anulável”.²⁵¹

²⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.64.

²⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.258.

²⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Idem*, p.259.

²⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p.259-260.

Correspondendo à segunda parte do art.170, tem-se os pressupostos subjetivos da conversão, quais sejam: (i) a **vontade hipotética ou presumida** dos figurantes quanto ao resultado prático que se obtém **pela conversão** e (ii) a **ignorância da invalidade** do ato a ser convertido.

(i) No ordenamento jurídico brasileiro, o **preceito normativo em comento** não deixa dúvidas quanto ao acolhimento da **teoria da vontade hipotética** como pressuposto subjetivo da conversão. Este enunciado legal não determina o afastamento de qualquer vontade para a configuração da conversão. Tampouco se refere à vontade interna dos figurantes. Com efeito, ele manda que se atente para o fim visado pelas partes, razão pela qual se evidencia que o princípio da vontade hipotética foi *objetivado* pelo legislador.

Como vimos defendendo, a conversão é técnica, é expediente teórico de aproveitamento de elementos fáticos e intencionais, cuja aglutinação para compor dado suporte fático levaria à invalidade do ato resultante, mas que, por outro lado, tais elementos são aptos a compor de maneira suficiente e válida o suporte fático de outro ato jurídico. Nessa técnica, o elemento volitivo concernente à nulidade é imprescindível. Longe de ser uma vontade irreal ou inexistente, um artifício puramente subjetivo ou arbitrário, é uma vontade que busca o que razoavelmente teriam querido os figurantes ou figurante, caso tivessem tido conhecimento da invalidade, tomando em consideração os seguintes elementos: (a) o domínio negocial querido e fixado pelas partes; (b) as circunstâncias concretas em que um determinado negócio jurídico se celebrou; e (c) as finalidades práticas que o motivaram.²⁵²

(ii) Como decorrência do primeiro pressuposto subjetivo, é sintomático que o conhecimento da invalidade que inquina o ato afasta a possibilidade de conversão. A conversão supõe que o figurante ou os figurantes do negócio desconheçam a invalidade deste, visto que, “se a conheçam, quiseram o nulo: quem quis o nulo não quis que valesse; se tivessem querido que valesse, teriam querido outro negócio jurídico”, elucida Pontes de Miranda, “querer mais conhecer a nulidade perfazem querer só o nulo, e a conversão está excluída”.²⁵³

²⁵² Cf. SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.46.

²⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.66. Esse princípio já existia no direito romano. Segundo se extrai de relato de Ulpiano, o credor, sabedor de que a *acceptilatio* que realiza é nula e, não obstante, a efetua, demonstra não ter intenção de extinguir

Se a conversão exige uma vontade hipotética ou presumida quanto aos efeitos práticos que quiseram as partes ao realizar o ato, a admissão da conversão quando em caso de conhecimento do defeito invalidante iria de encontro ao próprio fundamento subjetivo da conversão. Outrossim, não se pode olvidar que a conversão apresenta-se como mecanismo de conservação do negócio jurídico e, na hipótese ora cogitada, não há o que se conservar ou salvaguardar; ao revés, converter significaria, na hipótese aventada, subverter os interesses práticos das partes.

Teresa Luso Soares cita excerto de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, julgado em 06 de janeiro de 1970, que aplica esse pressuposto nos seguintes termos:

A conversão seria legalmente impossível, porque, segundo as instâncias decidiram no uso da sua competência em matéria de facto, as partes, ao celebrarem o contrato, tinham conhecimento da sua nulidade por falta de forma legal, e o instituto da conversão pressupõe a ausência desse conhecimento.²⁵⁴

Por tudo o que se disse até então, salta aos olhos a importância teórica da conversão do negócio jurídico, a razoável complexidade das teorizações existentes sobre este instituto e a necessidade de robustecer seu estudo, *a fortiori* diante da consagração legislativa que a conversão mereceu através do art.170 do Código Civil de 2002. De outro vértice, além do evidente interesse teórico da conversão, há também insofismável interesse prático, o que se procurará demonstrar no capítulo seguinte.

a obrigação e, consequentemente, não haverá conversão em *pactum de non petendo* (SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.60)

²⁵⁴ SOARES, Teresa Luso. Obra citada, p.61.

4 ANÁLISE DE CASOS

Finalmente, neste derradeiro capítulo, procuraremos examinar **dois casos** de conversão, a fim de ressaltar o interesse prático do tema, nada obstante a **presença** da conversão do negócio jurídico em nossos tribunais, mesmo após a **positivação** empreendida pelo novo Código Civil, seja bastante escassa.

4.1 DA CONVERSÃO DA TRANSMISSÃO DO USUFRUTO EM CESSÃO DO EXERCÍCIO DO USUFRUTO

Extraímos o presente caso de parecer elaborado por Antônio Junqueira de Azevedo.²⁵⁵ Para facilitar a compreensão do caso, convém transcrever a questão tal como sumariada pelo consulente:

Por escritura pública, “A” <avô> fez doação a “C” e “D” <netos>, de ações de sociedade anônima de capital fechado, instituindo usufruto vitalício em favor de “B” <filho e pai de C e D> casado com “E”.
O usufruto compreendeu expressamente o uso, gozo e administração dos bens doados, abrangendo o direito de voto irrestrito e incondicional, a percepção de toda a renda e demais benefícios que gerarem as ações gravadas, a percepção de dividendos, lucros, bonificações em dinheiro ou qualquer outra espécie e o gravame de usufruto sobre novas ações que vierem a ser distribuídas como bonificação das doadas, etc.
No mesmo dia em que foi lavrada a escritura de doação, “A” e “B”, também por escritura pública, celebraram contrato através do qual “B” compromete-se a transferir para “A” o usufruto instituído no ato de doação no momento em que este o exigir.²⁵⁶

Foram dois negócios jurídicos celebrados mediante escritura pública em 26 de julho de 2005. Pelo primeiro negócio, “A” (nu-proprietário) doou aos netos “C” e “D” a nua-propriedade de determinada quantidade de ações nominativas da “X” Participações e empreendimentos S.A., ou seja, procedeu-se a uma doação, com reserva de usufruto, de ações de uma sociedade anônima de capital fechado. O

²⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres em Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.466-479.

²⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Idem*, p.466.

segundo negócio, por sua vez, intitulado “compromisso de instituição de usufruto”, tinha por objeto a promessa de cessão do usufruto, feita pelo usufrutuário (“B”) em favor do doador (“A”). Eis o teor da cláusula negocial:

3ª) Através da presente escritura, se compromete e obriga, o outorgante “B”, a instituir e transferir a “A”, seu pai, na sua totalidade sem qualquer exceção o usufruto que recebeu através da escritura de Doação acima referida, a partir da data em que for notificado pelo seu pai “A”, para que assim proceda.

Posto isso, cabe formularmos as seguintes indagações: a) O segundo negócio jurídico, intitulado de “compromisso de instituição de usufruto” é válido?; b) Caso não seja válido, é possível conversão?; c) Qual seria a extensão eficaz do negócio resultante da conversão, considerando que se trata de usufruto acionário?

a) A resposta à primeira interrogação é negativa. Na tradição romana, já existia a proibição da transmissão do usufruto, então considerado como servidão pessoal. Como explica Moreira Alves, “o direito de usufruto não é transmissível. Não pode, portanto, o usufrutuário, aliená-lo a terceiro. O que se pode fazer é ceder, gratuita ou onerosamente, a terceiro, o exercício do direito de usufruto”,²⁵⁷ o que não se confunde com a cessão do próprio direito. Tanto é assim que, na cessão do exercício do direito de usufruto, “o cedente continua a ser considerado, em face do proprietário da coisa, como usufrutuário, e se ele morrer o usufruto se extingue, ainda que o terceiro (o cessionário) continue a viver”.²⁵⁸

O direito brasileiro manteve a intransmissibilidade do usufruto tanto no Código Civil de 1916 (art.717) quanto no Código Civil de 2002, o qual dispõe em seu art.1.393 que não se pode transferir o usufruto por alienação, mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”.

No caso vertente, o segundo negócio jurídico consubstancia o compromisso de o usufrutuário (“B”) transmitir ao doador (“A”) o usufruto que recebera em doação. Seu objeto é a transmissão de usufruto que é vedada por lei, razão pela qual se trata de negócio jurídico nulo de pleno direito, conforme se depreende dos arts.166, inciso VII e 1.393 do Código Civil. Eis o que diz o art.166, inciso VII: “É nulo o negócio

²⁵⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, vol.I, 2002, p.336.

²⁵⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Idem*, p.336. Cf., também: GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19.ed. Rio de Janeiro: 2008, p.334; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo XIX, §2.265.

jurídico quando:...VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou **proibir-lhe a prática, sem cominar sanção**".

b) Não obstante a nulidade do presente **negócio de transmissão** de usufruto, é possível convertê-lo em **negócio de cessão gratuita do exercício** do usufruto, que é negócio válido. Senão vejamos.

Concorrem, na espécie, tanto os pressupostos objetivos quanto os subjetivos da conversão substancial, que implica na alteração da qualificação categorial do negócio. O negócio de transmissão de usufruto, por ser *contra legem*, é inválido, particularmente nulo (art.166, VII e 1.393, 1ª parte); porém, seu suporte fático mostra-se suficiente para fazer incidir o art.1.393, *in fine*, que permite a cessão, a título gratuito ou oneroso, do direito de exercício do usufruto. Quanto aos pressupostos subjetivos, cumpre ponderar que, embora a intenção dos contratantes não fosse propriamente a de ceder o exercício do usufruto, a intenção de transmissão do usufruto era mais ampla, cobrindo a cessão do exercício, donde se pode inferir que os figurantes teriam preferido a cessão do exercício caso tivessem ciência da invalidade da transmissão do usufruto em si. Nas palavras de Azevedo, "o tipo de negócio realizado leva a crer que as partes, sem a possibilidade de realizá-lo validamente, admitiram, naquele momento, um segundo negócio, que estaria como que embutido na anterior (a promessa de cessão do exercício)".²⁵⁹

Ademais, a doutrina que trata do tema também reconhece no caso uma hipótese de conversão. Nesse sentido, assevera Pontes de Miranda: "se é nula a constituição de usufruto, pode ser que valha a cessão do direito ao exercício dele".²⁶⁰

c) Admitida, no caso concreto, a possibilidade de conversão da promessa de transmissão do usufruto em promessa de cessão do exercício do usufruto, cumpre assinalar que (i) este negócio resultante da conversão (cessão do exercício do usufruto) não tem eficácia real e, (ii) por se tratar de usufruto acionário, apenas entram na composição do objeto da cessão os direitos econômicos, compatíveis com a relação obrigacional entre usufrutuário e terceiro, não os direitos políticos, dentre os quais o direito de voto. Esses dois pontos pertinentes à extensão eficaz do negócio resultante da conversão merecem certo cuidado.

²⁵⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres em Direito Privado*, p.472.

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, tomo IV, p.67. Cf. DEL NERO, João Alberto Schützer. Obra citada, p.424; SCHMIEDEL, Raquel Campani. Obra citada, p.87.

Primeiramente, impende esclarecer que a cessão do exercício do usufruto não tem eficácia real, pois o usufrutuário continua com o direito real, as pretensões, ações e exceções ligadas a esse direito, quer perante o nu-proprietário, quer perante terceiros. Aquele a quem se transferiu o exercício do usufruto (“A”, *in casu*) somente é titular de direito pessoal contra o usufrutuário, porque exerce os direitos, pretensões, ações e exceções oriundas do usufruto em nome do usufrutuário, não como titular deles, pois esta titularidade não é passível de alienação.²⁶¹ Note-se que essa cessão, pois, é ato de direito obrigacional, que não é registrável na matrícula do imóvel e cessará com a morte do cedente (morte do usufrutuário que continua usufrutuário).

Em segundo lugar, insta consignar que o usufruto instituído, porque é usufruto acionário, possui objeto que compreende somente direitos puramente econômicos, excluídos os direitos políticos típicos do *status socii*. Com efeito, as ações de uma sociedade anônima não incorporam um simples direito de crédito ao recebimento de uma soma de dinheiro ou de uma coisa determinada; elas representam também um estado de sócio, em torno do qual se enfeixam poderes como o de voto, de exame de livros, de acesso a informações que devam ser prestadas aos sócios, de impugnação de atos dos administradores ou de deliberação de Assembleias gerais.²⁶²

Dessarte, no que concerne à cessão do exercício do usufruto acionário, parece claro que esta não abrange, de forma alguma, os direitos políticos decorrentes da titularidade do direito real de usufruto, não figurando o cessionário como acionista. Outrossim, o art.114 da lei n.º6.404/76 não permite direito de voto para terceiro, apenas alude ao usufrutuário. Eis o seu teor: “o direito de voto da ação gravada com usufruto, se não for regulado no ato de constituição do gravame, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário”.

Em suma, conclui-se que: a) o negócio intitulado “compromisso de instituição de usufruto” é nulo por ser vedada a alienação do usufruto; b) apesar da nulidade, é possível a conversão da promessa de transmissão do usufruto em promessa de

²⁶¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomo XIX, § 2.265.

²⁶² COMPARATO. Fábio Konder. Usufruto acionário e quase-usufruto. Limites aos direitos do usufrutuário. In: *Ensaio e Pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.82-83.

cessão do exercício do usufruto, uma vez constatada a presença dos pressupostos objetivos e subjetivos da conversão substancial (art.170, C.C.); c) o negócio resultante da conversão (cessão do exercício do usufruto) não tem eficácia real, somente pessoal, pois o cedente continua a ser o usufrutuário perante o nu-proprietário e terceiros; ao mesmo tempo, a eficácia da cessão, por se tratar de usufruto acionário, não confere ao cessionário direitos políticos inerentes à qualidade de sócio, tão-somente os direitos econômicos.

4.2 DA CONVERSÃO DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS FEITA SEM ESCRITURA PÚBLICA EM PROMESSA DE CESSÃO

O caso a ser analisado se trata de acórdão proferido pela quarta câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento de n.º538.144.4/0-00, assim ementado:

ARROLAMENTO - Provas dos autos a demonstrar a ocorrência de cessão dos direitos hereditários e não renúncia - No caso em exame, embora os agravantes, por absoluta falta de técnica, tenham em alguns requerimentos usado o termo desistência, não houve renúncia, e sim cessão de direitos - Os bens que passaram a compor o acervo hereditário em razão de decisão superveniente em ação de reconhecimento de união estável não compõem o universo da cessão - Não se cede a posição jurídica de herdeiro, mas sim o patrimônio existente ao tempo da cessão - Recurso provido.²⁶³

O *de cujus* Arthur Bernardes faleceu em 2001, deixando companheira viúva e vários descendentes, filhos do primeiro e do segundo leito. Foi proposta ação de arrolamento dos bens do *de cujus* na Comarca de Bauru, sendo nomeada inventariante a agravada Wilma Alves de Oliveira (companheira supérstite).

No ano de 2005, os filhos do primeiro leito firmaram documentos unilaterais e **particulares**, denominados de *cessão de direitos hereditários a título gratuito*, pelos quais cederam à companheira viúva Wilma "todos os direitos hereditários referentes às suas cotas partes dos bens deixados por Arthur Bernardes, constantes

²⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento n.538.144.4/0-00. Arthur Bernardes Filho e outros *versus* Wilma Alves de Oliveira. Relator: Francisco Loureiro. Acórdão de 17 de janeiro de 2008.

das primeiras declarações do arrolamento de bens em trâmite pela 1ª Vara, Processo no. 288/01”.

Em face deste negócio jurídico firmado, a decisão agravada consignou o seguinte:

A renúncia à herança não pode ser parcial e, deste modo, abrangeu todos os bens do espólio. Por tal motivo, indefiro o pedido de fls. 274/276. A situação poderá se acomodar caso os herdeiros apenas cedam os direitos hereditários às fls. 61/62, permanecendo íntegro o seu direito sucessório quanto aos demais (fl.29)

Irresignados com a decisão, os filhos do primeiro leito interpuseram o agravo de instrumento sob análise, alegando que: a) à época da propositura do arrolamento do de cujus, tramitava ação ordinária perante a 6ª Vara Cível da mesma comarca, na qual Wilma Alves de Oliveira objetivava o reconhecimento da união estável; b) diante da ausência de sentença transitada em julgado, não foram computados os bens adquiridos pelo falecido em nome da agravada nas primeiras declarações e no plano de partilha; c) conforme consta do termo de cessão de direitos encartado nos autos, em nenhum momento se utilizaram das expressões "desistência ou renúncia", motivo pelo qual não há que se falar que houve abdicação de todos os direitos hereditários, como entendeu a MMª. Juíza de Primeiro Grau; d) o Juízo *a quo* ignorou as petições protocoladas pelos agravantes, bem como a intenção de apenas ceder os direitos hereditários dos bens constantes das primeiras declarações e, equivocadamente, determinou fosse tomada por termo a desistência (ou renúncia), que não ocorreu. Em razão do exposto, pugnaram, ao final, pelo provimento do recurso.

A solução da presente contenda pressupõe o enfrentamento de duas questões: (i) a diferença entre renúncia da herança e cessão dos direitos hereditários; e (ii) a possibilidade de conversão do negócio jurídico de cessão de direitos hereditários feito por instrumento particular em promessa de cessão.

A renúncia da herança é “o ato solene pelo qual um herdeiro, chamado à sucessão, declara que não a aceita”.²⁶⁴Sua eficácia compreende, de um lado, o afastamento do herdeiro renunciante da sucessão, de modo que o renunciante é

²⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p.83.

considerado como se jamais tivesse existido (CC, art.1811, 1ª parte); e, de outro lado, a cota do renunciante acresce à dos outros herdeiros (art.1.810, C.C.).

Distinta da renúncia, a cessão de direitos hereditários, regulamentada nos arts. 1.793 a 1.795 do Código Civil, assinala a possibilidade de o herdeiro, legítimo ou testamentário, após haver aceitado a herança, dispor desta por via de cessão, transmitindo, a título gratuito ou oneroso, a herança indivisa ou sua cota-parte. Veja-se que, na cessão de direitos hereditários, não se transmite a posição de herdeiro, que é pessoal e, por conseguinte, intransmissível, conforme se deduz do art.1.793, §1º, do Código Civil. Por isso, assevera Leite que “uma coisa é a cessão de bens (quinhão ou legado), outra, é o direito que o herdeiro continua tendo, no caso de substituição ou acréscimo, situações eventuais, posteriores à cessão”.²⁶⁵

Importa anotar que, através da cessão do seu quinhão hereditário, a cota-parte do cessionário de maneira alguma acresce à dos demais herdeiros. O negócio jurídico realizado apenas diz respeito ao herdeiro cessionário e ao terceiro adquirente, muito embora seja exigível daquele que pretende ceder seu quinhão conferir aos demais herdeiros oportunidade para o exercício de preferência, nos moldes do que preceitua o art.1.794 do Código Civil.

No caso vertente, o acórdão em exame registrou que os filhos do primeiro leito, ao firmarem documentos unilaterais e particulares, denominados cessão de direitos hereditários a título gratuito, não renunciaram à herança, tampouco à qualidade de herdeiros que, como se disse, é intransmissível. Cederam à companheira viúva Wilma “todos os direitos hereditários referentes às suas cotas-partes dos bens deixados por Arthur Bernardes, constantes das primeiras declarações do arrolamento de bens em trâmite pela 1ª Vara Cível da Comarca de Bauru”.

Nesse sentido, o venerando aresto tomou em conta que: a) os quinhões dos cedentes não foram acrescentados à parte dos outros herdeiros da mesma classe e do mesmo grau (art. 1.810, CC), vale dizer, aos demais filhos do autor da herança, mas sim à companheira sobrevivente, herdeira de classe inferior; b) a renúncia, como ato abdicativo, é sempre expressa e nunca se presume, e se faz por escritura pública ou termo nos autos (art.1.806, C.C.), não por instrumento particular, como foi feito pelos cedentes; c) os cedentes já tinham tacitamente aceitado a herança, ao

²⁶⁵ LEITE, E. de O. *Comentários ao novo Código Civil: direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: forense, vol. XXI, 2005, p.81.

habilitarem-se nos autos, prestarem primeiras declarações e litigarem com a companheira viúva e os filhos do segundo leito. Como a aceitação é irretratável, não mais cabe a renúncia posterior.

Portanto, o negócio firmado pelos filhos do primeiro leito foi, de fato, cessão de direitos hereditários, não renúncia à sua quota-parte.

Assentado que o negócio jurídico formulado se tratou de cessão de direitos hereditários, resta indagar da validade deste negócio, considerando que o art.1.793, *in fine*, do Código Civil exige que a cessão seja feita por instrumento público.

Com efeito, o negócio jurídico de cessão de direitos hereditários feito por instrumento público é inválido, nulo de pleno direito (C.C., art.166, IV e V).

Porém, afigura-se plausível que este negócio jurídico de cessão seja convertido em promessa de cessão, eis que os pressupostos do art.170 do Código Civil estão presentes, senão vejamos.

Na espécie, concorrem tanto os pressupostos objetivos quanto os subjetivos da conversão substancial. Objetivamente, o suporte fático da cessão de direitos hereditários é maior do que o da promessa de cessão, razão pela esta está contida naquela. Disso decorre que, no caso, compôs-se suficientemente o suporte fático da promessa de cessão. Ainda, sob o enfoque objetivo, constata-se que o negócio cogitado pelos figurantes é nulo, sem dúvidas, por não revestir a forma prescrita em lei. Nada obstante, como este negócio aglutina os elementos fáticos suficientes para compor o negócio de promessa de cessão de direitos hereditários, é possível a conversão.

Subjetivamente, o caso fornece subsídios para presumir, analisando as circunstâncias do negócio, que os figurantes ignoravam a invalidade negocial mencionada e que, caso tivessem ciência desta invalidade, teriam preferido outra categoria jurídico-negocial para a satisfação de seus interesses práticos. Nesse sentido, o próprio acórdão consigna que “os cedentes reconhecem efeito de promessa de cessão do negócio celebrado, o que permite a conversão”.

Posto isso, parece nítida, *in casu*, a possibilidade de conversão substancial do negócio jurídico de cessão de direitos hereditários feito por instrumento particular em promessa de cessão, o que aproveita os elementos fáticos e intencionais do primeiro negócio para a composição suficiente do segundo. Não é por outro motivo que a conversão do negócio jurídico costuma ser identificada como expressão do princípio da conservação do negócio.

5 CONCLUSÃO

Sem qualquer pretensão de ter esgotado a temática da conversão do negócio jurídico, não podemos nos eximir de aduzir algumas considerações finais a propósito do trabalho.

O ponto de partida para dissertar sobre a conversão do negócio jurídico foi a teoria do fato jurídico, tomando por base principalmente o pensamento de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello. Assentamos que o fato jurídico, na teoria de Pontes de Miranda, é construído a partir de três elementos: a regra jurídica, o suporte fático e a incidência. Uma vez compostos suficientemente os elementos de determinado suporte fático de uma regra jurídica, esta incide sobre seu suporte fático, fazendo-o ingressar no mundo jurídico. Este fenômeno é chamado de juridicização e é ele que enseja a existência do fato jurídico. O negócio jurídico não passa de uma espécie de fato jurídico, particularmente uma espécie de ato jurídico, que coexiste com os atos jurídicos *stricto sensu*. A nota diferencial do negócio jurídico em relação ao ato jurídico *stricto sensu* consiste na possibilidade que o direito outorga aos figurantes do negócio de autorregurar seus interesses, estruturando o conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas.

Analisamos as principais teorias do negócio jurídico, desde as definições genéticas ou voluntaristas, que concebiam o negócio jurídico como um ato de vontade e cujo precursor foi Savigny; passamos pelo debate entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, o que abriu larga brecha para a proliferação das teorias objetivas ou pela função, para as quais o negócio jurídico tinha caráter normativo (Kelsen, Betti, Bullow, Henle e Larenz).

Neste trajeto, enveredamos pela doutrina pátria, primeiramente através do pensamento de Antonio Jungueira de Azevedo. Este autor propõe uma análise do negócio jurídico sob um viés estritamente estrutural, pelo qual o negócio é uma manifestação de vontade cercada por certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que essa manifestação seja vista, socialmente, como dirigida à produção de efeitos jurídicos. Azevedo assimila a tripartição de planos ponteana, mas apresenta uma peculiar classificação dos elementos que compõem o negócio jurídico no plano da existência: a) elementos intrínsecos ou constitutivos: elementos gerais, categoriais e elementos particulares; e b) elementos extrínsecos:

forma, objeto e circunstâncias negociais. Segundo Azevedo, a vontade não é elemento que compõe o negócio jurídico no plano da existência; o que há no negócio é a declaração de vontade.

Também na doutrina pátria, apreciamos a contribuição de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello no que tange à teoria do negócio jurídico. Seguindo essa vertente teórica, vimos que o suporte fático do negócio jurídico tem, como elementos nucleares: a) a manifestação consciente de vontade com poder de autorregramento (elemento cerne); e b) a declaração ou manifestação de vontade que contenha a vontade de negócio (elementos completantes). Esses são os elementos de suficiência do suporte fático do negócio jurídico, sem os quais inexistente negócio jurídico.

Houve uma preocupação com a noção clara acerca da tripartição de planos, evitando-se confundir o inexistente com o nulo ou o nulo com o ineficaz. Essa ideia serviu de base para tratarmos do princípio da conservação dos negócios jurídicos, o qual traduz uma busca por preservar, em qualquer um dos três planos, o máximo possível do negócio realizado pelo agente. A relevância desse princípio reside no fato de que a conversão do negócio jurídico é uma de suas possibilidades de aplicação.

Anotamos a parca atenção devotada pela doutrina e pela jurisprudência nacionais em matéria de conversão do negócio jurídico. Porém, a previsão legislativa trazida com o art.170 do Código Civil de 2002 parece convidar os juristas a refletir melhor sobre a complexidade do tema.

Na conversão, mostra-se essencial a noção de transformação, de mudança. Isso porque a conversão é expediente teórico que se presta ao aproveitamento dos elementos fáticos e intencionais que serviriam à composição suficiente de determinado suporte fático de negócio jurídico, o qual seria inválido, para a composição de outro negócio, para o qual os mencionados elementos fossem suficientes para a existência e validade desse negócio sucedâneo. Nas palavras de Pontes de Miranda, “converter é pôr noutra figura jurídica o que não poderia encher, validamente, a figura jurídica pretendida”.

Aduzimos os inconvenientes do conceito de conversão que pretenda relacioná-la à ineficácia do negócio, uma vez que a conversão supõe nulidade ou anulabilidade, somente. Não há que se cogitar de conversão nos casos de ineficácia, total ou parcial. Nestes casos, o que pode ocorrer é o fenômeno da pós-

eficacização, pelo qual o ato ineficaz tornar-se eficaz em decorrência de fato jurídico posterior. É o que acontece, por exemplo, na alienação por *non domino*.

No que tange à natureza jurídica da conversão, a doutrina é unânime em afirmar que a conversão do negócio jurídico se trata de uma das modalidades da qualificação jurídica do ato negocial, o que assinala o fato de que a conversão acarreta uma nova qualificação categorial. Veja-se, porém, que a conversão não constitui um negócio novo, porquanto ela se trata de um processo de interpretação e classificação dos atos jurídicos.

Apresentamos as espécies de conversão costumeiramente apontadas pela doutrina que versa sobre o tema: conversão substancial, formal e legal. Subscrevemos o posicionamento de que somente tem pertinência ao conceito de conversão a chamada conversão substancial, uma vez que esta implica mudança na qualificação categorial originariamente cogitada pelas partes, o que não ocorre na conversão formal. Outrossim, rechaçamos a chamada conversão legal, visto que esta suposta modalidade de conversão desconsidera, totalmente, o fundamento subjetivo da conversão, qual seja a vontade hipotética ou presumida das partes quanto aos resultados práticos do ato jurídico que realizaram e não se coaduna com a noção de transformação, de mudança, característica da conversão, traduzindo mera substituição de um negócio por outro em virtude de determinação legal, de modo que não há, na conversão legal, verdadeira conversão, senão apenas “versão”.

Verificamos, pela análise do art.170 do Código Civil, que o suporte fático deste enunciado legal, para compor-se de forma suficiente e ingressar no mundo jurídico (=plano da existência), demanda a concreção, no plano fático, de pressupostos objetivos e subjetivos. Afiguram-se como pressupostos objetivos da conversão do negócio jurídico a suficiência do suporte fático e a invalidade do ato que se converte. Por sua vez, são pressupostos subjetivos da conversão a vontade hipotética ou presumida dos figurantes quanto ao resultado prático que se obtém pela conversão e a ignorância da invalidade do ato a ser convertido.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almeida, vol.I, 1992.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. *A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático*. Revista dos Tribunais, ano 63, v.468, p.18, 1974.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negocio jurídico*. Campinas : LZN, v. 1 e 3, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento n.538.144.4/0-00. Arthur Bernardes Filho e outros versus Wilma Alves de Oliveira. Relator: Francisco Loureiro. Acórdão de 17 de janeiro de 2008.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: editorial civitas S.A,1985.

COMPARATO. Fábio Konder.Usufruto acionário e quase-usufruto. Limites aos direitos do usufrutuário. In: *Ensaio e Pareceres de direito empresarial*. Rio de janeiro: Forense, 1978, p.82-83.

CORREIA, Eduardo. *A conversão dos negócios jurídicos ineficazes*. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v.XXIV, p.366-367, 1948, p.360-389.

DEL NERO, João Alberto Schützer.*Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos*. São Paulo: Livraria acadêmica Saraiva e Cia, 1939.

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Morano, s.d.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Contratos*. Rio de Janeiro: forense, 2007.

_____. *Direitos reais*. 19.ed. Rio de Janeiro: 2008.

HOAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico da língua portuguesa*, versão monousuário 3.0, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KLIEMANN, Ana Carolina. *O princípio da manutenção do negocio jurídico: Uma proposta de aplicação*. IN: REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 3-26, abr./jun. 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p.269-270.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: forense, vol. XXI, 2005, p.627.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo: editora brasiliense, 1982.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* - 1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2002.

MOSCO, Luigi. *La conversione Del negozio giuridico*. Napoli: Jovene, 1947.

MOZOS, José Luis de los. *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1959.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2005.

MOTA PINTO, Paulo Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 1983, tomos I a V, LXI, LXVIII e XIX.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: revista dos tribunais, 1970, t. I.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: Nulidades e medidas sanatórias*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli : E. Jovene, 1950.

SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos fatos jurídicos: do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 3, tomo I, 2008.

TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. *Conversão de negócio jurídico: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Trad. Fadda e Bensa. Torino: UTET, 1902.